بسم الله الرحمن الرحيم

/ كتاب القضاء

١/١١ظ

الأصلُ فى القضاءِ ومَشْرُوعِيَّته الكتابُ والسُّنَّةُ والإجماعُ . أمَّا الكتابُ فقولُ الله تعالى : ﴿ يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ ﴾(١) . وقولُ الله تعالى : ﴿ وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ﴾(٢) . وقولُه : ﴿ وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ ﴾(٣) . وقولُه تعالى : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُواْ فِىٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا ﴾(٤) . وأمَّا السُّنَّةُ ، فما رَوى عمرُو بنُ العاصِ ، عنِ النَّبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « إِذَا ٱجْتَهَدَ الْحَاكِمُ فَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ ، وَإِذَا ٱجْتَهَدَ فَأَخْطَأَ(٥) فَلَهُ أَجْرٌ » مُتَّفَقٌ عليه(٦) . فى آيٍ وأخبارٍ سِوَى ذلك كثيرةٍ . وأجمعَ المُسلِمون على مَشْرُوعيَّةِ نَصْبِ القَضاءِ ، والحُكْمِ بين النَّاسِ .

فصل : والقضاءُ مِن فُروضِ الكفاياتِ ؛ لأنَّ أمرَ النَّاسِ لا يستقيمُ بِدُونِه ، فكانَ واجبًا عليهِم ، كالجِهادِ والإمامَةِ . قال أحمدُ : لابُدَّ للنَّاسِ مِن حاكِمٍ ، أتذْهَبُ حُقوقَ

---

(١) سورة ص ٢٦ .

(٢) سورة المائدة ٤٦ .

(٣) سورة النور ٤٨ .

(٤) سورة النساء ٦٥ .

(٥) فى الأصل ، ب : « وأخطأ » .

(٦) أخرجه البخارى ، فى : باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ ، من كتاب الاعتصام . صحيح البخارى ١٣٣/٩ . ومسلم ، فى : باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ ، من كتاب الأقضية . صحيح مسلم ١٣٤٢/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى القاضى يخطئ ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢٦٨/٢ . وابن ماجه ، فى : باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٧٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٨٧/٢ ، ١٩٨/٤ ، ٢٠٤ .

النَّاسِ ! وفيه فضلٌ عظيمٌ لِمَن قوِىَ على القيامِ به ، وأداءِ الحقِّ فيه ، ولذلك جعلَ اللهُ فيه أجْرًا مع الخطإِ ، وأسْقَطَ عنه حُكْمَ الخطإِ ، ولأنَّ فيه أمرًا بالمعروفِ ، ونُصْرَةَ المَظْلومِ[٧] ، وأداءَ الحقِّ إلى مُستحقِّهِ ، ورَدًّا للظالِمِ عن ظُلْمِه ، وإصْلاحًا بينَ النَّاسِ ، وتَخليصًا لبعضِهِمْ من بعضٍ ، وذٰلك مِن أبْوابِ القُرَبِ ؛ ولذلك تولَّاه النَّبىُّ ﷺ ، والأنبياءُ قبلَه ، فكانوا يَحكُمونَ لِأُمَمِهم ، وبَعثَ عليًّا إلى اليمنِ قاضِيًا[٨] ، وبَعثَ أيضًا مُعاذًا قاضِيًا[٩] .

وقد رُوِىَ عنِ ابنِ مسعودٍ ، أنَّه قال : لأَنْ أجلِسَ قاضيًا بين اثنيْنِ ، أحبُّ إلىَّ مِن عِبادةِ سبعينَ سنةً[١٠] . وعن عُقبةَ بنِ عامرٍ ، / قال : جاء خَصْمانِ يَختصِمانِ إلى رسولِ اللهِ ﷺ فقال لى[١١] : « اقْضِ بَيْنَهُمَا » . قلتُ : أنتَ أَوْلَى بذلك . قال : « وَإِنْ كَانَ » . قلتُ : علامَ أقْضِى ؟ قال : « اقْضِ ، فَإِنْ أَصَبْتَ فَلَكَ عَشَرَةُ أُجُورٍ ، وَإِنْ أَخْطَأْتَ فَلَكَ أَجْرٌ وَاحِدٌ » . رواه سعيدٌ فى « سُنَنِه »[١٢] .

٢/١١ و

فصل : وفيه خَطرٌ عظيمٌ ووِزْرٌ كبيرٌ لِمَن لم يُؤَدِّ الحقَّ فيه ، ولذلك كان السَّلَفُ ، [١٣] رَحِمَهم اللهُ[١٣] ، يَمْتنِعونَ منه أشدَّ الامْتناعِ ، ويَخْشَوْن على أنْفُسِهم خَطَرَه . قال خاقانُ بنُ عبدِ اللهِ : أُريدَ أبو قِلابَةَ على قضاءِ البصرَةِ ، فهَرَبَ إلى اليَمامَةِ ، فأُرِيدَ على

---

(٧) فى ب : « لمظلوم » .

(٨) أخرجه أبو داود ، فى : باب كيف القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢ / ٢٧٠ . وابن ماجه ، فى : باب ذكر القضاء ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٧٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٨٣ ، ٨٨ ، ١٣٦ ، ١٤٩ . والبيهقى ، فى : كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١٠/٨٦ ، ٨٧ .

(٩) تقدم تخريجه ، فى : ١/٢٧٥ ، ٤/٥ .

(١٠) انظر ما أخرجه البيهقى ، فى : باب فضل من ابتلى بشىء من الأعمال... ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١٠/٨٩ .

(١١) سقط من : م .

(١٢) وعزاه صاحب الكنز إلى ابن عساكر : كنز العمال ٥/٨٠٢ .

(١٣ - ١٣) فى ب ، م : « رحمة الله عليهم » .

قَضائِها ، (١٤) فهَرَبَ إلى الشَّامِ ، فأُرِيدَ على قَضائِها (١٤) ، وقيلَ : ليس هٰهُنا غيرُك . قال : فأنْزِلوا الأمرَ على ما قُلتُم ، فإنَّما مَثَلى مَثَلُ سابحٍ وَقعَ فى البحرِ ، فسبحَ يومَه ، فانطلقَ ، ثم سبحَ اليومَ الثَّانى ، فمضَى أيضًا ، فلمَّا كانَ اليومُ الثالثُ فَتَرتْ يَداهُ (١٥) . وكانَ يُقالُ : أعْلَمُ النَّاسِ بالقَضاءِ أشدُّهُم له كَراهَةً . ولعِظَمِ خَطَرِه ، قال النَّبىُّ ﷺ : « مَنْ جُعِلَ قَاضِيًا ، فَقَدْ ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ » . قال الترمذىُّ : (١٦) هذا حديثٌ حسنٌ . وقيلَ فى هذا الحديثِ : إنَّه لم يَخْرُجْ مَخْرَجَ الذَّمِّ للقضاءِ ، وإنَّما وَصَفَه بالمشقَّةِ ؛ فكأنَّ مَن وَلِيَهُ قد حُمِلَ على مشقَّةٍ ، كَمَشَقَّةِ الذَّبحِ .

فصل : والنَّاسُ فى القضاءِ على ثلاثةِ أضرُبٍ ؛ منهم مَن لا يجوزُ له الدُّخولُ فيه ، وهو من لا يُحسِنُه ، ولم تجتَمعْ فيه شروطُه ، فقد رُوِىَ عن النَّبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « الْقُضَاةُ ثَلاثَةٌ » ذَكَرَ منهم رجلًا قضَى بينَ النَّاسَ بِجَهْلٍ ، فهو فى النارِ (١٧) . ولأنَّ مَن لا يُحْسِنُه لا يَقْدِرُ على العَدْلِ فيه ، فيأخذُ الحقَّ من مُستحقِّه ويَدْفَعُه إلى غيرِه . ومنهم ، مَن يَجوزُ له ، ولا يجبُ عليه ، وهو مَن كان مِن أهْلِ العَدالَةِ والاجْتهادِ ، ويُوجدُ غيرُه مثلُه ، فله أنْ يَلِىَ القضاءَ بحُكمِ حالِه وصَلاحِيَتِه ، ولا يجبُ عليه ؛ لأنَّه لم (١٨) يتَعَيَّنْ له . وظاهرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّه لا يُسْتحبُّ له الدُّخولُ فيه ؛ لِما فيه من الخطرِ والغَرَرِ ، وفى تَرْكِه من السَّلامةِ ، ولما وردَ فيه من التَّشْديدِ والذَّمِّ ، ولأنَّ طريقةَ السَّلفِ الامْتِناعُ منه والتَّوقِّى ، وقد

(١٤ - ١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) ذكره ابن أبى شيبة ، فى : باب فى القضاء وما جاء فيه ، من كتاب البيوع . المصنف ٢٣٨/٧ . والبيهقى ، فى : باب كراهية الإمارة ... ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ٩٧/١٠ . ووكيع ، فى أخبار القضاة ٢٣/١ .

(١٦) فى : باب ما جاء عن رسول الله ﷺ فى القاضى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦٦/٦ ، ٦٧ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى طلب القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢٦٨/٢ . والحاكم ، فى : كتاب الأحكام . المستدرك ٩١/٤ . والبيهقى ، فى : باب كراهية الإمارة ... ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ٩٦/١٠ .

(١٧) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى القاضى يخطىء ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢٦٨/٢ . وابن ماجه ، فى : باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٧٦/٢ .

(١٨) فى الأصل : « لا » .

٢/١١ ظ أرادَ عثمانُ رضِىَ اللهُ عنه تَوليةَ ابنِ عمرَ القضاءَ فَأَباه[١٩] . وقال أبو عبدِ الله / ابنُ حامدٍ : إنْ كانَ رجلًا خاملًا ، لا يُرجعُ إليه فى الأحْكامِ ، ولا يُعْرَفُ ، فالأَوْلَى له تَوَلِّيه ، لِيُرْجَعَ إليه فى الأحكامِ ، ويقُومَ به الحقُّ ، ويَنْتفِعَ به المُسلمون ، وإنْ كان مشهورًا فى النَّاسِ بالعلمِ ، يُرجَعُ إليه فى تعليمِ العلمِ والفَتْوَى ، فالأَوْلَى الاشْتغالُ بذلك ، لما فيه من النَّفْعِ مع الأمنِ من الغَرَرِ . ونحوَ هذا قال أصحابُ الشَّافِعِىِّ ، وقالوا أيضًا : إذا كان ذا حاجةٍ ، وله فى القضاءِ رِزْقٌ ، فالأَوْلَى له الاشْتِغالُ به ، فيكونُ أولَى مِن سائرِ الْمَكاسِبِ ؛ لأنَّه قُرْبَةٌ وطاعةٌ . وعلى كلِّ حالٍ ، فإنَّه يُكْرَهُ للإنسانِ طَلَبُه ، والسَّعْىُ فى تحْصِيلِه ؛ لأنَّ أنسًا رَوَى عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « مَنِ ابْتَغَى الْقَضَاءَ ، وَسَأَلَ فِيهِ شُفَعَاءَ ، وُكِلَ إِلَى نَفْسِهِ ، وَمَنْ أُكْرِهَ عَلَيْهِ ، أَنْزَلَ اللهُ عَلَيْهِ مَلَكًا يُسَدِّدُهُ » . قال التِّرمِذِىُّ[٢٠] : هذا حديثٌ حسنٌ غريبٌ . وقال النَّبِىُّ ﷺ لعبدِ الرحمنِ بنِ سَمُرَةَ : « يَا عَبْدَ الرَّحْمَنِ ، لَا تَسْأَلِ الإِمَارَةَ ؛ فَإِنَّكَ إِنْ أُعْطِيتَهَا عَنْ مَسْأَلَةٍ وُكِلْتَ إِلَيْهَا ، وَإِنْ أُعْطِيتَهَا عَنْ[٢١] غَيْرِ مَسْأَلَةٍ أُعِنْتَ عَلَيْهَا » . مُتَّفَقٌ عليه[٢٢] . الثالثُ : مَن يجبُ عليه ، وهو مَن يَصلُحُ

---

(١٩) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء عن رسول الله ﷺ فى القاضى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦٣/٦ ، ٦٤ . وابن حبان ، فى : باب ذكر الزجر عن دخول المرء فى قضاء المسلمين ... ، من كتاب القضاء . انظر : الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ٢٥٧/٧ ، ٢٥٨ . وذكره وكيع ، فى : أخبار القضاة ١٧/١ ، ١٨ .

(٢٠) فى : باب ما جاء عن رسول الله ﷺ فى القاضى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦٥/٦ ، ٦٦ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى طلب القضاء والتسرع إليه ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢٦٩/٢ . وابن ماجه ، فى : باب ذكر القضاة ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٧٤/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١١٨/٣ ، ٢٢٠ .

(٢١) فى م : « من » .

(٢٢) أخرجه البخارى ، فى : أول كتاب الأيمان والنذور ، وفى : باب الكفارة قبل الحنث وبعده ، من كتاب الكفارات ، وفى : باب من لم يسأل الإمارة أعانه الله ، وباب من سأل الإمارة وكل إليها ، من كتاب الأحكام . صحيح البخارى ١٥٩/٨ ، ١٨٤ ، ٧٩/٩ . ومسلم ، فى : باب النهى عن طلب الإمارة والحرص عليها ، من كتاب الإمارة . صحيح مسلم ١٤٥٦/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى طلب الإمارة ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ١١٨/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها ، من أبواب النذور . عارضة الأحوذى ١٠/٧ . والنسائى ، فى : باب النهى عن مسألة الإمارة ، من كتاب القضاة . المجتبى ١٩٨/٨ . والدارمى ، فى : باب من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها ، من كتاب النذور . سنن الدارمى ١٨٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦٢/٥ ، ٦٣ .

للقضاءِ ، ولا يُوجَدُ سِواهُ ، فهذا يتعيَّنُ عليه[٢٣] ؛ لأنَّه فرضُ كِفايةٍ ، لا يقدِرُ على القيامِ به غيرُه فيتَعيَّنُ عليه ، كَغَسْلِ الميِّتِ وتكْفِينِه . وقد نُقلَ عن أحمدَ ما يدُلُّ على أنَّه لا يتَعيَّنُ عليه ، فإنَّه سُئِلَ : هلْ يأثمُ القاضِي إذا لم يُوجَدْ غيرُه ؟ قال : لا يَأْثَمُ . فهذا يَحْتِمَلُ أنَّه يُحْمَلُ على ظاهرِه ، في أنَّه لا يجبُ عليه ، لِما فيه من الخَطَرِ بنَفْسِه ، فلا يَلْزَمُه الإضْرارُ بنفسِه لِنَفْعِ غيرِه ، ولذلك امتنعَ أبو قِلَابةَ منه ، وقد قيلَ له : ليس غيرُك . ويَحْتَمِلُ أنْ يُحمَلَ على مَنْ لم يُمْكِنْه القيامُ بالواجبِ ، لظُلْمِ السُّلطانِ أو غيرِه ؛ فإنَّ أحمدَ قال : لابُدَّ للنَّاسِ مِن حاكِمٍ ، أتذهبُ حقوقُ النَّاسِ !

فصل : ويجوزُ للقاضي أخْذُ الرِّزقِ ، ورخَّصَ فيه شُرَيْحٌ ، وابنُ سِيرِينَ ، والشَّافعيُّ ، وأكثرُ أهلِ العلمِ . ورُوِيَ عن عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، أنَّه اسْتَعْمَلَ زيدَ بنَ ثابتٍ على الْقضاءِ ، وفرضَ له رِزْقًا[٢٤] . ورَزقَ شُرَيحًا في كلِّ شهرٍ مائةَ درهمٍ[٢٥] . وبعث إلى / الكوفةِ عمَّارًا وعُثْمانَ بنَ حُنَيفٍ وابنَ مسعودٍ ، ورزَقَهم كلَّ يومٍ شاةً ؛ نِصفُها لِعمَّارٍ ونصفُها لابنِ مسعودٍ وعُثْمانَ ، وكان ابنُ مسعودٍ قاضِيَهم ومُعَلِّمَهم[٢٦] . وكتبَ إلى مُعاذِ ابنِ جَبَلٍ ، وأبي عُبَيْدةَ ، حين بعثَهُما إلى الشَّامِ ، أنِ انظُرا رِجالًا مِنْ صالحِي مَن قِبَلَكُم ، فاسْتَعمِلوهُم على القَضاءِ ، وأوسِعوا عليهم ، وارْزُقوهم ، واكْفُوهم مِن مالِ اللهِ[٢٧] . وقالَ أبو الخطَّابِ : يجوزُ له أخذُ الرِّزقِ مع الحاجَةِ ، فأمَّا مع عَدَمِها فعلى وَجهيْن . وقال أحمدُ : لا[٢٨] يُعجبُني أن يأْخذَ على القضاءِ أجرًا ، وإنْ كانَ فبقدْرِ شُغْلِه ، مثل وَالِي اليَتيمِ . وكان ابنُ مسعودٍ والحسنُ يَكْرهانِ الأجرَ على القضاءِ[٢٩] . وكان مَسْروقٌ ،

١١/٣و

---

(٢٣) سقط من : الأصل .

(٢٤) أخرجه ابن سعد ، في : الطبقات الكبرى ٣٥٩/٢ .

(٢٥) انظر : ما أخرجه عبد الرزاق ، في : باب هل يؤخذ على القضاء رزق ؟ من أبواب القضاء . المصنف ٢٩٧/٨ .

(٢٦) أخرجه ابن سعد ، في : الطبقات الكبرى ٢٥٥/٣ .

(٢٧) انظر : إرواء الغليل ٢٣٤/٨ .

(٢٨) في ب ، م : « ما » .

(٢٩) أخرج خبر الحسن ، ابن أبي شيبة في : باب في القاضي يأخذ الرزق ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٥٠٥/٦ .

وعبدُ الرحمٰنِ بنُ القاسمِ بنِ عبدِ الرحمٰنِ[٣٠] ، لا يأْخذانِ عليه أجرًا ، وقالا : لا نأْخذُ أجرًا على أنْ نعدِلَ بين اثنينِ . وقال أصحابُ الشَّافعيِّ : إنْ لم يكنْ مُتَعَيِّنًا جازَ له[٣١] أخذُ الرِّزقِ عليه ، وإنْ تعيَّنَ لم يجُزْ إلَّا مع الحاجةِ . والصحيحُ جَوازُ أخْذِ الرِّزْقِ عليه بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّ أبا بكرٍ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، لمَّا وَلِيَ الخلافةَ ، فَرَضُوا له رِزْقًا[٣٢] كلَّ يومٍ دِرْهَمَيْن[٣٣] . ولِمَا ذكَرْناه مِن أنَّ عمرَ رَزَقَ زيدًا وشُرَيْحًا وابنَ مسعودٍ ، وأمرَ بِفَرْضِ الرِّزقِ[٣٤] لِمَن تولَّى مِن القُضاةِ ، ولأنَّ بالنَّاسِ حاجةً إليه ، ولو لم يجزْ فَرْضُ الرِّزقِ لَتعطَّلَ ، وضاعتِ الحقوقُ . فأمَّا الاسْتِئجارُ عليه ، فلا يجوزُ . قال عمرُ ، رَضِيَ اللهُ عنه : لا ينْبَغِي لِقاضِي المُسلمينَ أنْ يأْخُذَ على القَضاءِ أجْرًا[٣٥] . وهذا مذهبُ الشَّافعيِّ ، ولا نعلم فيه خِلافًا ؛ وذلك لأنَّه قُرْبَةٌ يختَصُّ فاعلُه أنْ يكونَ من[٣٦] أهلِ القُرْبةِ ، فأشْبَهَ الصَّلاةَ ؛ ولأنَّه لا يَعْمَلُه الإنسانُ عن غيرِه ، وإنَّما يقَعُ عن نفسِه ، فأشْبَهَ الصَّلاةَ ، ولأنَّه عملٌ غيرُ مَعلومٍ . فإنْ لم يكُنْ للقاضِي رِزْقٌ ، فقال للخَصْمَيْن : لا أقْضِي بينَكما حتى تَجْعَلا لى رِزْقًا عليه . جازَ . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَجُوزَ .

فصل : وإذا كان الإمامُ فى بلدٍ ، فعليْهِ أنْ يبْعَثَ القُضاةَ إلى الأمْصارِ غيرِ بلَدِه ؛ فإنَّ النَّبيَّ ﷺ بعثَ عليًّا قاضيًا إلى اليَمَنِ ، وبعثَ مُعاذَ بنَ جبلٍ إلى اليمنِ أيضًا . وقال / له : « بِمَ تَحْكُمُ ؟ » قال : بكتابِ اللهِ تعالى . قال : « فَإنْ لَمْ تَجِدْ » قال : فبسنَّةِ رسولِ اللهِ ﷺ . قال : « فَإنْ لَمْ تَجِدْ » قال : أجْتَهِدُ رَأْيِى . قال : « الْحَمْدُ للهِ الَّذِى وَفَّقَ

٣/١١ ظ

(٣٠) عبد الرحمن بن القاسم بن عبد الرحمن البكرى ، من أولاد أبى بكر الصديق ، إمام ثبت فقيه ، من صغار التابعين ، توفى بحوران ، فى سنة ست وعشرين ومائة . سير أعلام النبلاء ٥/٦ ، ٦ .

(٣١) سقط من : ب .

(٣٢) فى م : « الرزق » .

(٣٣) انظر : ما أخرجه البخارى ، فى : باب كسب الرجل وعمله بيده ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٧٤/٣ . والبيهقى ، فى : باب ما يكره للقاضى من البيع والشراء ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١٠٧/١٠ . وابن سعد ، فى الطبقات الكبرى ١٨٥/٣ .

(٣٤ – ٣٤) سقط من : الأصل .

(٣٥) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب هل يؤخذ على القضاء رزق ؟ من كتاب البيوع . المصنف ٢٩٧/٨ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى القاضى يأخذ الرزق ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٥٠٥/٦ .

(٣٦) فى الأصل ، ا ، م : « فى » .

رَسُولَ[٣٧] رَسُولِ اللهِ لِما يُرْضِى رَسُولَ اللهِ » . وبعثَ عمرُ شُرَيْحًا على قَضاءِ الكُوفةِ ، وكَعبَ بنَ سُورٍ[٣٨] على قضاءِ البَصرةِ[٣٩] . وكتبَ إلى أبى عُبيدَةَ ومُعاذٍ يأمُرُهما بتَوْليَةِ القضاءِ فى الشَّامِ ؛ لأنَّ أهلَ كلِّ بلدٍ يَحْتاجونَ إلى القاضِى ، ولا يُمْكِنُهم المَصيرُ إلى بلدِ الإمامِ ، ومَن أمْكَنَه ذلك شقَّ عليه ، فوَجبَ إغْناؤُهُم عنه .

فصل : وإذا أرادَ الإمامُ توْلِيَةَ قاضٍ ، فإنْ كانَ له خِبْرةٌ بالنَّاسِ ، ويَعْرفُ مَن يَصلُحُ لِلقضاءِ ، وَلَّاه ، وإنْ لم يَعْرِفْ ذلك ، سأَلَ أهلَ المعرِفةِ بالنَّاسِ ، واسْتَرْشَدَهم على[٤٠] مَن يصْلُحُ . وإنْ ذُكِرَ له رجلٌ لا يَعْرِفُه ، أحْضَرَه وسأَلَه ، وإنْ عرَفَ عَدالتَه ، وإلَّا بحَثَ عن عدالَتِه ، فإذا عرَفها ولَّاهُ ، ويكتُبُ له عَهْدًا يأمُرُه فيه بتَقْوَى اللهِ ، والتَّثبُّتِ فى الْقضاءِ ، ومُشاوَرةِ أهلِ العلمِ ، وتَصفُّحِ أحْوالِ الشُّهودِ ، وتأمُّلِ الشَّهاداتِ ، وتَعاهُدِ الْيتامَى ، وحِفْظِ أموالِهم وأموالِ الوُقوفِ ، وغيرِ ذلك ممَّا يحْتاجُ إلى مُراعاتِه . ثم إنْ كان البلدُ الذى وَلَّاه قضاءَه بعيدًا ، لا يَستَفيضُ إليه الخبرُ بما يكونُ فى بلدِ الإمامِ ، أحْضرَ شاهِدَيْنِ عَدْلَيْن وقرأ عليهما العَهْدَ ، أو قَرَأَهُ[٤١] غيرُه بحَضْرتِه ، ويُشْهِدُهما[٤٢] على تَوْلِيَتِه ؛ لِيَمْضِيا معه إلى بلدِ وِلايتِه ، فيُقِيما له الشَّهادةَ ، ويقولُ لهما : اشْهَدا على أنِّى قد وَلَّيْتُه قضاءَ البلدِ الفُلانِىِّ ، وتَقدَّمتُ إليه بما اشْتَملَ هذا العَهْدُ عليه . وإنْ كان البلدُ قريبًا من بلدِ الإمامِ ، يسْتَفيضُ إليه ما يَجْرِى فى بلدِ الإمامِ ، مثل أنْ يكونَ بينَهما خمسةُ أيامٍ أو ما دُونَها ، جازَ أن يكْتَفِىَ بالاسْتفاضةِ[٤٣] دُونَ الشَّهادةِ ؛ لأنَّ الولايةَ تَثْبُتُ بالاسْتِفاضةِ[٤٣] . وبهذا قالَ الشافعىُّ ، إلَّا أنَّ عندَه فى ثُبوتِ الوِلايَةِ بالاسْتِفاضةِ فى البلدِ

---

(٣٧) سقط من : الأصل ، ب .

(٣٨) فى م : « سوار » خطأ .

(٣٩) أخرجه البيهقى ، فى : كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١٠/ ٨٧ .

(٤٠) فى ب : « عن » .

(٤١) فى ب ، م : « أقرأه » .

(٤٢) فى ب ، م : « وأشهدهما » .

(٤٣ - ٤٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

القريبِ وَجْهَيْنِ . وقال أصْحابُ أبى حنيفةَ : تَثْبُتُ بالاسْتفاضةِ . ولم يفصلوا بينَ القريبِ والبعيدِ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ وَلَّى عليًّا ومُعاذًا قَضاءَ اليمنِ وهو بعيدٌ ، مِن غيرِ إشْهادٍ[44] / ، ووَلَّى الوُلاةَ فى البلادِ[45] البعيدةِ وَفَوَّضَ إليهم الوِلايةَ والقضاءَ ، ولم يُشْهِدْ ، وكذلك خُلَفاؤه . ولم يُنقلْ عنهم[46] الإشْهادُ على تَوْلِيَةِ القضاءِ ، مع بُعْدِ بُلدانِهم . ولَنا ، أنَّ القضاءَ لا يَثْبتُ إلَّا بأحَدِ الأمْرَيْنِ ، وقد تعذَّرَتِ الاسْتفاضةُ فى البلدِ البعيدِ ؛ لِعَدَمِ وُصولِها إليه ، فتعَيَّنَ الإشْهادُ ، ولا نُسلِّمُ أنَّ النبىَّ ﷺ لم يُشْهِدْ على تَوْلِيَتِه ، فإنَّ الظاهرَ أنَّه لم يَبْعَثْ واليًا إلَّا ومعه جماعةٌ ، فالظَّاهرُ أنَّه أشْهدَهم ، وعَدَمُ نَقْلِه لا يَلْزَمُ منه عدمُ فِعْلِه ، وقد قامَ دليلُه ، فتعَيَّنَ وُجودُه .

4/11و

١٨٦٤ – مسألة : قال أبو القاسمِ ، رَحِمَهُ اللهُ تعالى : (**وَلَا يُوَلَّى قَاضٍ حَتَّى يَكُونَ بَالِغًا ، عَاقِلًا[1] ، مُسْلِمًا ، حُرًّا ، عَدْلًا ، عَالِمًا ، فَقِيهًا ، وَرِعًا**)

وجُمْلتُه أنَّه يُشْتَرطُ فى القاضى ثَلاثةُ شروطٍ ؛ أحدها ، الكَمالُ ، وهو نوعان ؛ كَمالُ الأحْكام ، وكَمالُ الخِلْقَةِ ، أمَّا كَمالُ الأحكامِ فيُعتَبرُ فى أربعةِ أشياء ؛ أنْ يكونَ بالغًا عاقلًا حُرًّا ذكرًا . وحُكى عن ابنِ جَريرٍ أنَّه لا تُشْتَرطُ الذُّكوريَّةُ ؛ لأنَّ المرأةَ يجوزُ أنْ تكونَ مُفْتِيَةً ، فيجوزُ أنْ تكونَ قاضِيةً . وقال أبو حنيفةَ : يجوزُ أنْ تكونَ قاضيَةً فى غيرِ الحُدودِ ؛ لأنَّه يجوزُ أنْ تكونَ شاهدةً فيه[2] . ولَنا ، قولُ النَّبىِّ ﷺ : « مَا أَفْلَحَ قَوْمٌ وَلَّوْا أَمْرَهُمُ امْرَأَةً »[3] . ولأنَّ القاضىَ يَحضُرُه مَحافلُ الخُصومِ والرِّجال ، ويَحْتاجُ فيه إلى كَمالِ الرأْىِ وتَمامِ العقلِ والفِطْنةِ ، والمَرأةُ ناقِصةُ العقلِ ، قليلةُ الرَّأْىِ ، ليستْ

(44) فى ب ، م : « شهادة » .
(45) فى ب ، م : « البلدان » .
(46) فى م : « منهم » .
(1) سقط من : ب .
(2) سقط من : الأصل .
(3) أخرجه البخارى ، فى : باب كتاب النبى ﷺ إلى كسرى وقيصر ، من كتاب المغازى ، وفى : باب حدثنا عثمان =

أهلًا للحُضورِ فى مَحافِلِ الرِّجالِ ، ولا تُقْبَلُ شَهادتُها ولو كانَ معها ألفُ امرأةٍ مثلِها ، ما لم يكُنْ معهنَّ رجلٌ ، وقد نبَّهَ اللهُ تعالى على ضَلالِهِنَّ ونِسْيانِهِن ، بقولِه تعالى : ﴿ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ ﴾[٤] . ولا تَصلُحُ للإمامَةِ العُظْمَى ، ولا لِتَوْلِيَةِ البُلدانِ ؛ ولهذا لم يُوَلِّ النَّبِىُّ ﷺ ، ولا أحدٌ مِن خُلفائِه ، ولا مَن بعدَهم ، امرأةً قضاءً ولا وِلايَةَ بلدٍ ، فيما بَلَغَنا ، ولو جازَ ذلك لم يَخْلُ منه جميعُ الزَّمانِ غالبًا . وأما كَمالُ / الخِلْقَةِ ، فأنْ يكونَ مُتَكلِّمًا سميعًا بصيرًا ؛ لأنَّ الأخْرَسَ لا يُمْكِنُه النُّطْقُ بالحُكْمِ ، ولا يَفْهمُ جميعُ النَّاسِ إشارتَه ، والأصَمَّ لا يَسمعُ قولَ الخَصْمَينِ ، والأعْمَى لا يَعْرِفُ المُدَّعِىَ مِن المُدَّعَى عليه ، والمُقِرَّ مِن المُقَرِّ له ، والشَّاهِدَ من المَشْهودِ له . وقال بعضُ أصحابِ الشَّافعىِّ : يجوزُ أن يكونَ أعْمَى ؛ لأنَّ شُعَيْبًا كان أعْمَى . ولهم فى الأخْرسِ الذى تُفهَمُ إشارتُه وَجْهان . ولَنا ، أنَّ هذه الحَواسَّ تُؤَثِّرُ فى الشَّهادةِ ، فيَمْنَعُ فَقدُها وِلايَةَ القضاءِ كالسَّمعِ ؛ وهذا لأنَّ مَنْصِبَ الشَّهادةِ دون مَنْصِبِ القَضاءِ ، والشاهدَ يشهدُ فى أشياءَ يسيرةٍ يُحتاجُ إليه فيها ، وربما أحاطَ بحقيقةِ عِلْمِها ، والقاضىَ وِلايتُه عامَّةٌ ، ويَحْكُمُ فى قَضايا الناسِ عامَّةً ، فإذا لم تُقْبَلْ منه الشَّهادةُ ، فالقضاءُ أوْلَى ، وما ذكَرُوه عن شُعَيبٍ [٥]عليه السلامُ[٥] ، فلا نُسلِّمُ فيه ، فإنَّه لم يَثْبُتْ أنَّه كان أعْمَى ، ولو ثبتَ فيه ذلك ، فلا يَلْزَمُ هٰهُنا ، فإنَّ شُعيبًا ، عليه السلامُ ، كان مَن آمنَ معه مِن الناسِ قليلًا ، وربَّما لا يَحْتاجونَ إلى حَكَمٍ بينهم لِقِلَّتِهم وتَناصُفِهم ، فلا يكونُ حُجَّةً فى مسْألتِنا . الشرط الثانى ، العدالةُ ، فلا يجوزُ تَوْلِيَةُ فاسقٍ ، ولا مَن فيه نَقْصٌ يَمْنَعُ الشَّهادةَ ، وسنذكرُ ذلك فى الشَّهادةِ ، إنْ شاءَ اللهُ تعالى . وحُكِىَ عن الأصمِّ ، أنَّه قال : يجوزُ أنْ يكونَ القاضى

٤/١١ ظ

= ابن الهيثم ، من كتاب الفتن . صحيح البخارى ١٠/٦ ، ٧٠/٩ . والترمذى ، فى : باب حدثنا محمد بن المثنى ، من أبواب الفتن . عارضة الأحوذى ١١٨/٩ ، ١١٩ . والنسائى ، فى : باب النهى عن استعمال النساء فى الحكم ، من كتاب القضاة . المجتبى ٢٠٠/٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٨/٥ ، ٤٣ ، ٤٧ ، ٥٠ ، ٥١ .

(٤) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٥ – ٥) سقط من : م .

فاسقًا ؛ لما رُوِىَ عنِ النَّبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « سَيَكُونُ بَعْدِى أُمَراءُ[٦] يُؤَخِّرُونَ الصَّلَاةَ عَنْ أَوْقَاتِهَا ، فَصَلُّوهَا لِوَقْتِهَا ، وَاجْعَلُواْ صَلَاتَكُمْ مَعَهُمْ[٧] سُبْحَةً »[٨] . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ ﴾[٩] . فأمَرَ بالتَّبيُّنِ عندَ قولِ الفاسقِ ، ولا يجوزُ أنْ يكونَ الحاكمُ ممَّن لا يُقْبَلُ قولُه ، ويجبُ التَّبيُّنُ عندَ حكمِه ؛ ولأنَّ الفاسقَ لا يجوزُ أنْ يكونَ شاهدًا ، فلئلَّا يكونَ قاضيًا أَوْلَى . فأمَّا / الخبرُ فأخبرَ بوقوعِ كَوْنِهم أُمراءَ ، لا بمَشْروعيَّتِه ، والنِّزاعُ فى صِحَّةِ تَوْلِيَتِه ، لا فى وُجودِها . الشرط الثالث ، أنْ يكونَ من أهلِ الاجْتهادِ . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعىُّ ، وبعضُ الحنفيَّةِ . وقالَ بعضُهم : يجوزُ أن يكونَ عامِّيًّا فيَحْكمَ بالتَّقْليدِ ؛ لأنَّ الغرضَ منه فصلُ الخَصائمِ ، فإذا أمْكَنَه ذلك بالتَّقليدِ جازَ ، كما يُحْكَمُ بقولِ المُقَوِّمِينَ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ﴾[١٠] . ولم يقلْ بالتَّقْليدِ ، وقال : ﴿ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ ﴾[١١] . وقال : ﴿ فَإِن تَنَـٰزَعْتُمْ فِى شَىْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ ﴾[١٢] . ورَوَى بُرَيْدَةُ ، عن رسولِ اللهِ ﷺ ، أنَّه قال : « الْقُضَاةُ ثَلَاثَةٌ ؛ اثْنَانِ فِى النَّارِ ، وَوَاحِدٌ فِى الْجَنَّةِ ، رَجُلٌ عَلِمَ الْحَقَّ فَقَضَى[١٣] بِهِ ، فَهُوَ فِى الْجَنَّةِ ، وَرَجُلٌ قَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ ، فَهُوَ فِى النَّارِ ، وَرَجُلٌ جَارَ فِى الْحُكْمِ ، فَهُوَ فِى النَّارِ » . رَواه ابنُ ماجه[١٤] . والعامِّىُّ يقْضِى على الجَهْلِ[١٥] ، ولأنَّ الحُكْمَ آكَدُ من الفُتْيا ؛ لأنَّه فُتْيا

١١/٥ و

---

(٦) فى الأصل : « أمة » .

(٧) فى الأصل : « معه » .

(٨) تقدم تخريجه ، فى : ٢١/٣ . ويضاف إليه : وأخرجه مسلم أيضا ، فى : باب الندب إلى وضع الأيدى ... ، من كتاب المساجد . صحيح مسلم ٣٧٩/١ والسبحة : النافلة .

(٩) سورة الحجرات ٦ .

(١٠) سورة المائدة ٤٩ .

(١١) سورة النساء ١٠٥ .

(١٢) سورة النساء ٥٩ .

(١٣) فى الأصل : « وقضى » .

(١٤) تقدم تخريجه ، فى : صفحة ٧ .

(١٥) فى ب ، م : « جهل » .

وإلْزامٌ ، ثم الْمُفْتِى لا يجوزُ أن يكونَ عامِّيًا مُقلِّدًا ، فالحُكْمُ أَوْلَى . فإن قيل : فالمُفْتِى يجوزُ أنْ يُخْبِرَ بما سَمِعَ . قُلْنا : نعم . إلَّا أنَّه لا يكونُ مُفتِيًا فى تلك الحالِ ، وإنَّما هو مُخْبِرٌ ، فيَحْتاجُ أنْ يُخْبِرَ عن رجلٍ بعَيْنِه من أهلِ الاجْتهادِ فيكونُ مَعْمُولًا بخَبَرِه لا بفُتْياهُ ، وخالَفَ[16] قولَ[17] المُقَوِّمِين[18] ؛ لأنَّ ذلك لا يُمْكِنُ الحاكمَ مَعْرِفتُه بنفسِه ، بخِلافِ الحُكْمِ . إذا ثبَتَ هذا ، فمِن شرطِ الاجْتهادِ معرفةُ سِتَةِ أشياءَ ؛ الكتابِ ، والسُّنَّةِ ، والإجْماعِ ، والاخْتِلافِ ، والقياسِ ، ولسانِ العربِ . أمَّا الكتابُ ، فيَحْتاجُ أنْ يَعرِفَ منه عَشَرَةَ أشياءَ ؛ الخاصُّ ، والعامُّ ، والمُطْلَقُ ، والمُقيَّدُ ، والمُحْكَمُ ، والمُتَشابِهُ ، والمُجْمَلُ ، والمُفَسَّرُ ، والنَّاسِخُ ، والمَنْسُوخُ فى الآياتِ المتعلِّقَةِ بالأحْكامِ ، وذلك نحوُ خَمْسِمائة ، ولا يَلْزَمُه معرفةُ سائرِ القرآنِ . فأمَّا السُّنَّةُ ، /فيحْتاجُ إلى معرفةِ[19] ما يتعلَّقُ منها بالأحكامِ دونَ سائرِ الأخبارِ ، مِن ذِكرِ الجنةِ والنارِ والرَّقائقِ ، ويحْتاجُ أنْ يعرِفَ منها ما يعرِفُ مِن الكتابِ ، ويَزِيدُ معرفةَ التَّواتُرِ ، والآحادِ ، والمُرْسَلِ ، والمُتَّصِلِ ، والمُسْنَدِ ، والمُنْقطِعِ ، والصَّحيحِ ، والضَّعيفِ ، ويحْتاجُ إلى معرفةِ ما أُجمِعَ عليه ، وما اخْتُلِفَ فيه ، ومعرفةِ القياسِ ، وشُروطِه ، وأنواعِه ، وكيفيَّةِ اسْتِنْباطِه الأحكامَ ، ومعرفةِ لسانِ العربِ فيما يتعلَّقُ بما ذُكِرَ ؛ ليَتعرَّفَ به اسْتِنْباطَ الأحكامِ من أصْنافِ عُلومِ الكتابِ والسُّنَّةِ ، وقد نصَّ أحمدُ على اشْتِراطِ ذلك لِلفُتْيا ، والحُكْمُ فى معناه . فإنْ قيلَ : فهذه[20] شروطٌ لا تجْتمعُ [21]فى أحَدٍ[21] ، فكيف يَجوزُ اشْتِراطُها ؟ . قُلْنا : ليس مِن شَرْطِه أنْ يكونَ مُحِيطًا بهذه العلومِ إحاطةً تجْمَعُ أقْصاها ، وإنما يحْتاجُ[22] أنْ يعْرِفَ مِن ذلك ما يتعلَّقُ بالأحْكامِ مِن الكتابِ والسنةِ ولسانِ العربِ ، ولا أنْ يُحِيطَ بجميعِ

١١/٥ظ

---

(١٦) فى ب ، م : « ويخالف » .

(١٧) فى م زيادة : « معرفته » .

(١٨) فى النسخ : « المقولين » . وتقدم .

(١٩) فى ب ، م : « معرفته » .

(٢٠) فى م : « هذه » .

(٢١ – ٢١) سقط من : م .

(٢٢) فى م زيادة : « إلى » .

الأَخْبارِ الوارِدةِ فى هذا ، فقد كان أبو بكر الصِّدِّيقُ وعمرُ بنُ الخطابِ ، خَليفَتا رسولِ الله ﷺ ، ووَزيراهُ[٢٣] ، وخيرُ الناسِ بعدَه ، فى حالِ إمامَتِهما يُسألانِ عن الحُكمِ فلا يَعْرفانِ ما فيه من السُّنَّة ، يَسْألان الناسَ فيُخْبَران ، فسُئلَ أبو بكرٍ عن ميراثِ الجَدَّةِ ، فقال : مالكِ فى كتابِ الله شىءٌ ، ولا أعْلَمُ لكِ فى سُنَّةِ رسولِ الله ﷺ شيئًا ، ولكنِ ارْجِعى حتى أسألَ الناسَ . ثم قامَ فقال : أنشُدُ اللهَ مَن يعلمُ قضاءَ رسولِ الله ﷺ فى الجَدَّةِ ؟ فقامَ المُغيرَةُ بنُ شُعْبَةَ ، فقال : أشْهدُ أنَّ رسولَ الله ﷺ أعْطاها السُّدُسَ[٢٤] . وسألَ عمرُ عن إمْلَاصِ المرأةِ ، فأخْبرَه المُغيرَةُ [٢٥]بنُ شُعبةَ[٢٥] أنَّ النَّبىَّ ﷺ قَضَى فيه بغُرَّةٍ[٢٦] . ولا يُشترَطُ معرفةُ المسائلِ التى فرَّعها المجتهدون فى كُتبِهم ، فإنَّ هذه فروعٌ فرَّعَها الفُقَهاءُ بعدَ حِيازةِ مَنْصِبِ الاجْتهادِ ، فلا تكونُ شَرْطًا له وهو سابقٌ / عليها . ٦/١١و

وليس من شَرْطِ الاجْتهادِ فى مَسْألةٍ أن يكونَ مُجْتهِدًا فى كلِّ المسائلِ ، بل مَن عرَفَ أدِلَّةَ مسألةٍ ، وما يتعلَّقُ بها ، فهو مُجْتهِدٌ فيها ، وإنْ جهِلَ غيرَها ، كمَن يَعْرِفُ الفَرائضَ وأُصولَها ، ليس مِن شَرْطِ اجْتهادِه فيها معرفتُه بالبيْعِ ، ولذلك ما مِن إمامٍ إلَّا وقد توقَّفَ فى مسائلَ . وقيل : مَن يُجيبُ فى كلِّ مسألةٍ فهو مجنونٌ ، وإذا تركَ العالِمُ : لا أدْرِى . أُصيبَتْ مَقاتلُه . وحُكى [٢٧]أنَّ مالكًا[٢٧] سُئلَ عن أربعينَ مسألةً ، فقال فى ستٍّ وثلاثينَ منها : لا أدْرِى . ولم يخُرِجْه ذلك عن كَوْنِه مُجتهِدًا . وإنَّما المُعْتَبرُ أصولُ هذه الأمورِ ، وهو مجموعٌ مُدوَّنٌ فى فُروعِ الفقهِ وأُصولِه ، فمَن عرَفَ ذلك ، ورُزِقَ فَهْمَه ، كان مُجْتهدًا ، له الفُتْيا ووِلايةُ الحُكْمِ إذا وَلِيَه . واللهُ أعلمُ .

فصل : ليس مِن شَرْطِ الحاكمِ كونُه كاتِبًا . وقيلَ : يُشْترَطُ ذلك ؛ ليَعْلَمَ[٢٨] ما

---

(٢٣) فى الأصل ، ب : « ووزراه » .

(٢٤) تقدم تخريجه ، فى : ٩/٥٤ .

(٢٥ - ٢٥) سقط من : الأصل .

(٢٦) تقدم تخريجه ، فى : ١٢/٦٠ .

(٢٧ - ٢٧) فى ب : « عن مالك أنه » .

(٢٨) فى م : « لعلم » .

يَكتبُه كاتبُه[٢٩] ، ولا يتمكَّنُ من إخْفائِه عنه . ولَنا ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ كانَ أُمِّيًّا ، وهو سَيِّدُ الحُكَّامِ ، وليس مِن ضرورةِ الحُكْمِ[٣٠] الكتابةُ ، فلا تُعْتَبرُ شُروطُها ، وإن احْتاجَ إلى ذلك جازَ تَوْلِيَتُه لمن يَعْرِفُه ، كما أنَّه قد يحْتاجُ إلى القِسمةِ بين النَّاسِ[٣١] ، وليس مِن شَرْطِه معرفةُ المِساحةِ ، ويَحْتاجُ إلى التَّقْويمِ ، وليس من شَرْطِ[٣٢] القَضاءِ أن يكونَ عالمًا بِقِيَمِ[٣٣] الأشياءِ ، ولا مَعْرفتُه بعُيوبِ كلِّ شيءٍ .

فصل : ويَنْبغِي أنْ يكونَ الحاكمُ قويًّا مِن غيرِ عُنْفٍ ، لَيِّنًا مِن غيرِ ضَعْفٍ ، لا يَطْمَعُ القويُّ فى باطِلِه ، ولا يَيْأَسُ الضعيفُ من عَدْلِه ، ويكونَ حليمًا ، مُتأنِّيًا ، ذا فِطْنةٍ وتيَقُّظٍ ، لا يُؤْتَى من غَفْلةٍ ، ولا يُخْدَعُ لغِرَّةٍ ، صحيحَ السمعِ والبصرِ ، عالمًا بلغُاتِ أهلِ وِلايَتِه ، عفيفًا ، ورعًا ، نَزِهًا[٢٩] ، بَعيدًا عن[٣٤] الطَّمَعِ ، صَدُوقَ اللَّهْجةِ ، ذا رأْيٍ ومَشُورةٍ ، لِكلامِه لِينٌ إذا قَرُبَ ، وهَيْبةٌ إذا أوْعَدَ ، ووفاءٌ إذا وَعَدَ ، ولا / يكونُ جبَّارًا ، ولا عَسُوفًا ، فيَقْطَعُ ذا الحُجَّةِ عن حُجَّتِه . قالَ عليٌّ ، رَضِىَ اللهُ عنه : لا ينْبَغِى أنْ يكونَ القاضِى قاضِيًا حتى تكونَ فيه خمسُ خصالٍ ؛ عفيف ، حليم ، عالم بما كان قبلَه ، يَسْتَشيرُ ذَوِى الألبابِ ، لا يخافُ فى اللهِ لَوْمةَ لائمٍ . وعن عمرَ بنِ عبدِ العزيزِ ، رَضِىَ اللهُ عنه[٣٥] ، قال : ينْبغِى للقاضِى أنْ تَجْتَمِعَ فيه سبعُ خلالٍ ، إنْ فاتَتْه واحدةٌ كانتْ فيه وَصْمَةٌ : العقلُ ، والفقهُ ، والوَرَعُ ، والنَّزاهةُ ، والصَّرامةُ ، والعلمُ بالسُّنَنِ ، والحِلْمُ[٣٦] . ورواه سعيدٌ[٣٧] . وفيه : يكونُ فهِمًا ، حليمًا ، عفيفًا ،

١١/٦ظ

---

(٢٩) سقط من : الأصل .

(٣٠) فى ب ، م : « الحاكم » .

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) فى الأصل : « شرطه » .

(٣٣) فى ب ، م : « بقيمة » .

(٣٤) فى ب : « من » .

(٣٥) فى ب زيادة : « أنه » .

(٣٦) فى ب ، م : « والحكم » .

(٣٧) وأخرج نحوه البيهقى ، من طريق سعيد بن منصور ، فى : باب مشاورة الوالى والقاضى فى الأمر ، من كتاب آداب=

صَلِيبًا[٣٨] ، سَأّالاعمًا لا يعْلمُ . وفى روايةٍ : مُحْتمِلًا لِلّائمَـةِ ؛ ولا يكـونُ ضعيفًـا ، مَهِينًا ؛ لأنَّ ذلك يَبْسُطُ المُتخاصِمين إلى التَّهاتُرِ والتَّشاتُمِ بين يَدَيْه . وقال عمرُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : لأعْزِلَنَّ فُلانًا عنِ القضاءِ ، ولأسْتعمِلَنَّ رجلًا إذا رآه الفاجرُ فَرِقَه[٣٩] .

فصل : وله أنْ يَنْتهِرَ الخَصْمَ إذا الْتوَى ، ويَصِيحَ عليه ، وإنِ اسْتحقَّ التَّعْزيرَ عَزَّرَه بما يرَى من أدَبٍ أو حَبْسٍ . وإن افْتَاتَ عليه بأنْ يقولَ : حكمتَ علىَّ بغيرِ الحقِّ . أو : ارتشيتَ . فله تأْديبُه . وله أنْ يعْفُوَ . وإنْ بدأ المُنْكِرُ باليَمِينِ ، قطَعَها عليه ، وقالَ : الْبَيِّنَةُ على خَصْمِك . [٤٠]فإنْ عادَ نَهَرَهُ[٤٠] ، فإنْ عادَ عَزَّرَه إنْ رأَى . وأمثالُ ذلك مِمَّا[٤١] فيه إساءةُ الأدبِ ، فله مُقابَلةُ فاعِلِه ، وله العَفْوُ .

فصل : وإذا[٤٢] وَلَّى الإمامُ رجلًا القضاءَ[٤٣] ، فإنْ كانتْ وِلايتُه فى غيرِ بلدِه ، فأرادَ السَّيْرَ إلى بَلَدِ[٤٤] وِلايتِه ، بحَثَ عن قومٍ مِن أهلِ ذلك البلدِ ، ليسْألَهم عنه ، ويتعرَّفَ منهم ما يحْتاجُ إلى مَعْرفتِه ، فإنْ لم يجِدْ ، سأَلَ فى طريقِه ، فإنْ لم يجِدْ ، سأَلَ إذا دخلَ البلدَ عن أهلِه ، ومَن به من العُلَماءِ والفُضَلاءِ وأهْلِ العدالةِ والسَّتْرِ[٤٥] ، وسائرِ ما يحْتاجُ إلى مَعْرفتِه ، وإذا قرُبَ مِن البلدِ ، بعَثَ مَن يُعْلِمُهم بقُدومِه لِيتلَقَّوه ، ويجعلُ قُدومَه يومَ الخميسِ / إنْ أمْكنَه ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ كانَ إذا قدِمَ مِن سَفَرٍ ، قدِمَ يومَ الخَميسِ[٤٦] ، ثم

١١/٧و

= القاضى . السنن الكبرى ١٠/ ١١٠ . وأورده البخارى ، فى : باب متى يستوجب الرجل القضاء ؟ من كتاب الأحكام . صحيح البخارى ٩/ ٨٤ . كلاهما بلفظ : خمس خصال .

(٣٨) فى ب ، م : « صلبا » .

(٣٩) فرقه : أى خافه . وأخرجه البيهقى ، فى : باب القاضى إذا بان له من أحد الخصمين اللدد نهاه عنه ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١٠/ ١٠٨ وذكره وكيع ، فى أخبار القضاة ١/ ٢٧٠ .

(٤٠ - ٤٠) سقط من : ب ، م .

(٤١) فى الأصل : « فيما » .

(٤٢) فى م : « وإن » .

(٤٣) فى الأصل : « للقضاء » .

(٤٤) فى ب ، م : « بلاد » .

(٤٥) فى ب ، م : « السير » .

(٤٦) لم نجد هذا ، ولعل المصنف أراد الخروج إلى السفر . انظر : جامع الأصول ٥/ ١٥ .

يقصِدُ الجَامعَ ، فيُصلِّى فيه رَكْعتيْن ، كما كان النبىُّ ﷺ يفعَلُ إذا دخلَ المدينةَ[٤٧] ، ويسأَلُ اللهَ تعالى التَّوفيقَ والعِصْمَةَ والْمَعُونةَ ، وأنْ يجْعلَ عملَه صالحًا ، ويجْعلَه لوَجْهه خالصًا ، ولا يجعلَ لأحدٍ فيه شيئًا ، ويُفوِّضُ أمرَه إلى اللهِ تعالى ، ويتوكَّلُ عليه ، ويأمرُ مُنادِيَه فيُنادِى فى البَلَدِ ، إنَّ فُلَانًا قدِمَ عليكم قاضيًا ، فاجْتمِعُوا لقراءَةِ عَهْدِه ، وقتَ كذا وكذا . ويَنْصرِفُ إلى مَنْزِلِه الذى قد أُعِدَّ له ، وينْبَغِى أنْ يكونَ فى وَسَطِ البلدِ ؛ ليتَساوَى أهلُ البَلَدِ[٤٨] فيه ، ولا يَشُقُّ على بعضِهِم قَصْدُه ، فإذا اجْتمَعُوا ، أمرَ بعَهْدِه فقُرِئَ عليهم ، ليعْلَموا التَّوْلِيَةَ ، ويأْتُوا إليه ، ويَعِدُ الناسَ يومًا يجْلِسُ فيه للقَضاءِ ، ثم ينْصَرِفُ إلى منزلِه . وأوَّلُ ما يبدأُ فيه[٤٩] مِن أمرِ الحكمِ ، أنْ يبْعَثَ إلى الحاكمِ المَعْزُولِ فيأْخُذَ منه ديوانَ الحُكْمِ ؛ وهو ما فيه وَثائقُ الناسِ من المحاضِرِ ، وهى نُسَخُ ما ثَبَتَ عندَ الحاكمِ ، والسِّجِلَّاتُ نُسَخُ ما حكَم به ، وما كان عندَه من حُجَجِ الناسِ ووَثائقِهم مُودَعةً فى ديوانِ الحكْمِ ، فكانت عندَه بحُكْمِ الوِلَايةِ ، فإذا انْتقَلتِ الوِلايةُ إلى غيرِه ، كان عليه تسْلِيمُها إليه ، فتكونُ مودَعةً عندَه فى ديوانِه ، ثم يَخْرُجُ فى اليومِ الذى وعَدَ بالجلوسِ فيه إلى مَجْلسِه ، على أكْمَلِ حالٍ[٥٠] وأعْدَلِها ، خَلِيًّا مِن الغَضَبِ ، والجُوعِ الشديدِ والعَطَشِ ، والفَرَحِ الشَّديدِ والحُزْنِ الكثيرِ ، والهَمِّ العظيمِ ، والوَجَعِ المُؤْلِمِ ، ومُدافعةِ الأخْبَثَيْنِ أو أحَدِهما ، والنُّعاسِ الذى يغْمُرُ القلبَ ؛ ليكونَ أجْمَعَ لقَلْبه ، وأحْضَرَ لذِهْنِه ، وأبْلَغَ فى تيقُّظِه للصَّوابِ ، وفِطْنَتِه لِمَوْضعِ الرَّأْىِ ؛ ولذلك قال النَّبىُّ ﷺ : « لَا يَقْضِى القَاضِى بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانُ »[٥١] . فنَصَّ على الغضَبِ ، ونَبَّهَ على ما فى

(٤٧) أخرجه البخارى ، فى : باب الصلاة إذا قدم من سفر ، من كتاب الجهاد . صحيح البخارى ٤/ ٩٤ . ومسلم ، فى : باب استحباب الركعتين فى المسجد ... ، من كتاب صلاة المسافرين . صحيح مسلم ١/ ٤٩٦ . وأبو داود ، فى : باب فى الصلاة عند القدوم من السفر . سنن أبى داود ٢/ ٨٢ . والحاكم ، فى : كتاب معرفة الصحابة . المستدرك ٣/ ١٥٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٤٥٥ . والبيهقى ، فى : باب الصلاة عند القدوم ، من كتاب الحج . السنن الكبرى ٥/ ٢٦١ .

(٤٨) فى م : « المدينة » .

(٤٩) فى ب : « به » .

(٥٠) فى م : « حالة » .

(٥١) أخرجه البخارى ، فى : باب هل يقضى الحاكم أو يفتى وهو غضبان ؟ من كتاب الأحكام . صحيح البخارى ٩/ ٨٢ . ومسلم ، فى : باب كراهة قضاء القاضى وهو غضبان ، من كتاب الأقضية . صحيح مسلم ٣/ ١٣٤٢ ، ١٣٤٣ . وأبو داود ، فى : باب القاضى يقضى وهو غضبان ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢/ ٢٧١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء لا يقضى القاضى وهو غضبان ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/ ٧٧ ، ٧٨ . =

٧/١١ظ مَعْناه من سائرِ ما ذكرناه . ويُسَلِّمُ على مَن يمُرُّ به (٥٢ مِن المُسلمين ٥٢) فى طريقِه ، /ويَذْكُرُ اللهَ بقلبِه ولسانِه حتَّى يأْتِىَ مَجْلِسَه ، ويُستَحَبُّ أن يجعلَه فى موضعٍ بارزٍ للناسِ فسيحٍ ، كالرَّحبَةِ والفَضاءِ الواسعِ أو الجامعِ . ولا يُكْرَهُ القضاءُ فى المساجدِ [٥٣] ، فعلَ ذلك شُرَيحٌ ، والحسنُ ، والشَّعْبىُّ ، ومُحارِبُ بنُ دِثارٍ ، ويحيى بنُ يَعْمَرَ ، وابنُ أبى ليلى ، وابنُ خَلْدَةَ [٥٤] ، قاضٍ لِعُمَرَ بنِ عبدِ العزيزِ ، رَضِىَ اللهُ عنه . ورُوِىَ عن عمرَ وعثمانَ وعلىٍّ ، أنَّهم كانوا يَقْضُون فى المسجدِ . وقال مالكٌ : القضاءُ فى المسجدِ مِن أمرِ النَّاسِ القديمِ . وبه قال مالكٌ ، وإسحاقُ ، وابنُ المُنذِرِ . وقالَ الشَّافعىُّ : يُكرَه ذلك ، إلَّا أنْ يتَّفِقَ خَصْمانِ عندَه فى المسجدِ ؛ لما رُوِىَ أنَّ عمرَ كتبَ إلى القاسمِ بنِ عبدِ الرحمنِ ، أنْ لا تَقْضِىَ فى المسجدِ ؛ لأنَّه تأْتيكَ الحائضُ والجنبُ . (٥٥ ولأنَّ الحاكمَ يأتِيه الذِّمِّىُّ والحائضُ والجُنُبُ ٥٥) ، وتَكْثُرُ غاشِيَتُه ، ويَجْرِى بينهم اللَّغَطُ والتَّكاذُبُ والتَّجاحُد ، وربما أدَّى إلى السَّبِّ وما لم تُبْنَ له المساجدُ . ولَنا ، إجْماعُ الصحابةِ بما قد رَوَيْناه عنهم . وقال الشَّعْبىُّ : رأيتُ عمرَ وهو (٥٦) مُستَنِدٌ [٥٧] إلى القِبلةِ ، يَقضِى بينَ الناسِ . وقال مالكٌ : هو مِن أمرِ النَّاسِ القديمِ . ولأنَّ القضاءَ قُرْبَةٌ وطاعةٌ وإنْصافٌ بين الناسِ ، فلم يُكْرَه فى المسجدِ ، ولا نَعْلَمُ صِحَّةَ ما رَوَوه عن عمرَ ، وقد رُوِىَ عنه خِلافُه . وأمَّا الحائضُ ، فإنْ عَرَضَتْ لها حاجَةٌ إلى القضاءِ ، وَكَّلَتْ ، أو أتَتْه فى منزِله . والجُنُبُ يَغْتسِلُ ويدْخُلُ ، والذِّمِّىُّ يجوزُ دُخولُه بإذْنِ مسلمٍ . وقد كان النَّبِىُّ ﷺ يَجْلِسُ فى مسجدِه ، مع حاجةِ الناسِ إليه

= والنسائى ، فى : باب النهى عن أن يقضى فى قضاء بقضاءين ، من كتاب القضاة . المجتبى ٢١٦/٨ ، ٢١٧ .

(٥٢ - ٥٢) سقط من : الأصل ، ب .

(٥٣) انظر لذلك ما أخرجه البخارى ، فى : باب من قضى ولاعن فى المسجد ، من كتاب الأحكام . صحيح البخارى ٨٥/٩ .

(٥٤) عمر بن خلدة ، ويقال : عمر بن عبد الرحمن بن خلدة الزرقى الأنصارى ، تابعى ، ثقة ، مهيب صارم ، ورع عفيف ، ولى قضاء المدينة فى زمن عبد الملك بن مروان .

انظر : تهذيب التهذيب ٤٤٢/٧ . وأخبار القضاة ، لوكيع ١٣٠/١ - ١٣٣ .

(٥٥ - ٥٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٥٦) سقط من : الأصل .

(٥٧) فى الأصل زيادة : « يعنى » .

للحُكومَةِ والفُتْيا وغيرِ ذلك من حَوائجِهم ، وكان أصْحابُه يُطالِبُ بعضُهم بعضًا بالحُقوقِ فى المسجِدِ ، وربَّما رَفَعُوا أصْواتَهم . فقد رُوِىَ عن كعبِ بنِ مالكٍ / أنَّه قال : ١١/٨و
تقاضيْتُ ابنَ أبى حَدْرَدٍ دَيْنًا فى المسجِدِ ، حتى ارتفعتْ أصْواتُنا ، فخرجَ النَّبِىُّ ﷺ ، فأشارَ إلَىَّ ، أنْ ضَعْ مِن دَيْنِكَ الشَّطْرَ . فقُلْتُ : نعم يا رسولَ اللهِ ، فقال : « فَقُمْ فَاقْضِهِ »[٥٨] . وينْبَغِى أنْ يكونَ جُلوسُه فى وَسَطِ البلدِ ، لئلَّا يَبْعُدَ على قاصِديه ، ولا يتَّخذَ حاجِبًا يَحجُبُ الناسَ عن الوُصولِ إليه ؛ لما رَوَى القاسمُ بنُ مُخَيْمِرَةَ ، عن أبى مريمَ صاحبِ رسولِ اللهِ ﷺ ، أنَّه قال : سمعتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقول : « مَنْ وَلِىَ مِنْ أُمُورِ النَّاسِ شَيْئًا ، وَاحْتَجَبَ دُونَ حَاجَتِهِمْ ، احْتَجَبَ اللهُ دُونَ حَاجَتِهِ وَفَاقَتِهِ وَفَقْرِهِ » . رواه التِّرمِذِىُّ[٥٩] . ولأنَّ حاجِبَه ربَّما قدَّمَ المُتأخِّرَ وأخَّرَ المُتقدِّمَ لِغَرَضٍ له ، ورُبَّما كسَرَهم بحَجْبِهم والاسْتِئْذانِ لهم . ولا بأْسَ باتِّخاذِ حاجِبٍ فى غيرِ مجلسِ القضاءِ . ويُبْسَطُ له شىءٌ [٦٠] يجْلِسُ عليه [٦٠] ، ولا يَجلِسُ على التُّرابِ ، ولا على حَصِيرِ المسجِدِ ؛ لأنَّ ذلك يَذْهبُ بهَيْبَتِه مِن أعْيُنِ الخُصومِ ، ويجْعلُ جُلوسَه مُستقبِلَ القبلةِ ؛ لأنَّ خيرَ المجالسِ[٦١] ما استُقبِلَ به القبلةُ . وهذه الآدابُ المذكورةُ فى هذا الفصلِ ليستْ شَرْطًا فى

---

(٥٨) أخرجه البخارى ، فى : باب التقاضى والملازمة فى المسجد ، وباب رفع الصوت فى المساجد ، من كتاب الصلاة ، وفى : باب كلام الخصوم بعضهم فى بعض ، من كتاب الخصومات ، وفى : باب الصلح بالدين والعين ، من كتاب الصلح . صحيح البخارى ١/١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٢٧ ، ٣/١٦٠ ، ٢٤٦ . ومسلم ، فى : باب استحباب الوضع من الدين ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١١٩٢ . وأبو داود ، فى : باب فى الصلح ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢/٢٧٣ . والنسائى ، فى : باب حكم الحكم من داره ، من كتاب القضاة . المجتبى ٨/٢١٠ . وابن ماجه ، فى : باب الحبس فى الدين والملازمة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢/٨١١ . والدارمى ، فى : باب فى إنظار المعسر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٦١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٣٩٠ .

(٥٩) فى : باب ما جاء فى إمام الرعية ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/٧٤ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فيما يلزم الإمام من أمر الرعية والحجبة عنهم ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ٢/١٢٢ . والبيهقى ، فى : باب ما يستحب للقاضى ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١٠/١٠١ ، ١٠٢ .

(٦٠ - ٦٠) سقط من : م .

(٦١) فى الأصل : « المجلس » .

الحُكْمِ ، إلَّا[٦٢] الْخُلُوَّ مِن الغَضَبِ وما فى معناه ، فإنَّ فى اشْتراطِه رِوايتيْنِ .

فصل : وإذا جلسَ الحاكمُ فى مجلسِه ، فأوَّلُ ما يَنْظُرُ فيه أمرُ المَحْبُوسِينَ ؛ لأنَّ الحبسَ عذابٌ ، وربَّما كان فيهم مَن لا يَسْتحِقُّ البقاءَ فيه ، فيُنْفِذُ إلى حَبْسِ القاضى الذى كانَ قبلَه ثِقَةً ، يكْتُبُ اسمَ كلِّ مَحْبُوسٍ ، وفيمَ حُبِسَ ؟ ولمن حُبِسَ ؟ فيحملُه إليه ، فيأمرُ مُنادِيًا يُنادِى فى البلدِ ثلاثةَ أيامٍ : ألا إنَّ القاضِىَ فُلانَ بنَ فُلانٍ يَنْظرُ فى أمْرِ المَحْبوسِين يومَ كذا ، فمَن كان له مَحْبُوسٌ فلْيَحْضُرْ . فإذا حضَرَ ذلك اليومُ ، وحضرَ الناسُ ، تركَ الرِّقاعَ التى فيها اسمُ المَحْبُوسِين بين يدَيْه ، ومَدَّ يدَه إليها ، فما وقَعَ فى / يدِه منها نظَرَ إلى اسمِ المَحْبُوسِ ، وقال : مَن خَصْمُ فلانٍ المَحْبوسِ . فإذا قالَ خَصْمُه : أنا . بعثَ معه ثِقَةً إلى الحَبْسِ ، فأخْرَجَ خَصْمَه ، وحضَرَ معه مَجْلسَ الحُكْمِ ، ويفعلُ ذلك فى قَدْرِ ما يعلمُ أنَّه يتَّسِعُ زمانُه للنَّظَرِ فيه فى ذلك المجلسِ ، ولا يُخْرِجُ غيرَهم ، فإذا حضَر المحبوسُ وخَصْمُه ، لم يسْأَلْ خَصْمَه : لمَ حَبَسْتَه ؟ لأنَّ الظاهرَ أنَّ الحاكمَ إنَّما حبسَه بحَقٍّ ، لكنْ يسْألُ المحبوسَ : بِمَ حُبِستَ ؟ ولا يخْلُو جوابُه من خمسةِ أقسامٍ ؛ أحدُها ، أن يقولَ : حبسَنِى بحَقٍّ له حالٍّ ، أنا مَلِيءٌ به[٦٣] . فيقولُ له الحاكمُ : اقْضِه ، وإلَّا رَدَدْتُك فى الحَبْسِ . الثانى ، أنْ يقولَ : له علىَّ دَينٌ ، أنا مُعْسِرٌ به . فيَسْأَلُ خَصْمَه ، فإن صدَّقَه ، فَلَّسَهُ الحاكمُ وأطْلقَه . وإنْ كذَّبه ، نظَرَ فى سَبَبِ الدَّيْنِ ، فإنْ كانَ شيئًا حصَلَ له به مالٌ ، كقَرْضٍ أو شِرَاءٍ ، لم يَقْبَلْ قولَه فى الإعْسارِ إلَّا ببَيِّنةٍ بأنَّ مالَه تلِفَ أو نَفِدَ ، أو ببَيِّنةٍ أنَّه مُعْسِرٌ ، فيزُولُ الأصلُ الذى ثبَتَ ، ويكونُ القولُ قولَه فيما يدَّعِيه عليه من المالِ . وإنْ لم يثْبُتْ له أصلُ مالٍ ، ولم تكُنْ لخَصْمِه بَيِّنةٌ بذلك ، فالقولُ قولُ المحْبُوسِ مع يَمِينِه أنَّه مُعْسِرٌ ؛ لأنَّ الأصلَ الإعْسارُ . وإن شَهِدتْ لخَصْمِه بَيِّنةٌ بأنَّ له مالًا ، لم تُقْبَلْ حتى يُعيِّن[٦٤] ذلك المالَ بما يتميَّزُ به ، فإنْ شَهِدتْ عليه البَيِّنةُ

(٦٢) فى الأصل زيادة : « أن » .

(٦٣) فى الأصل : « فيه » .

(٦٤) فى ب ، م : « تعين » .

بدارٍ مُعَيَّنَةٍ أو غيرِها ، وصدَّقَها ، فلا كلامَ ، وإن كذَّبها ، وقال : ليس هذا لى ، وإنَّما هو فى يَدِى لغَيْرِى . لم يُقْبَلْ إلَّا أن يُقِرَّ به إلى واحدٍ بعَيْنِه ، فإن كان الذى أقَرَّ له به حاضِرًا ، نَظَرْتَ ، فإن كذَّبه فى إقْرارِه ، سقَطَ ، وقُضِىَ من المالِ دَيْنُه ، وإنْ صدَّقه نَظَرْتَ ، فإن كان له به بَيِّنَةٌ ، فهو أوْلَى ؛ لأنَّ له بَيِّنَةً ، وصاحبُ اليَدِ يُقِرُّ له به ، وإن لم تَكُنْ له بَيِّنَةٌ ، فذَكَرَ القاضى أنَّه لا يُقْبَلُ قولُهما ، ويُقْضَى الدَّيْنُ منه ؛ لأنَّ الْبَيِّنَةَ شَهِدتْ لصاحبِ اليدِ بالمِلْكِ ، / فتَضَمَّنَتْ شَهادتُهما[٦٥] وُجوبَ القضاءِ منه ، فإذا لم تُقْبَلْ شَهادتُهما[٦٥] فى حقِّ نَفْسِه ، قُبِلَتْ فيما تضَمَّنَتْه ؛ لأنَّه حَقٌّ لغيرِه ؛ ولأنَّه مُتَّهَمٌ فى إقْرارِه لغيرِه ، لأنَّه قد يفْعَلُ ذلك ليُخَلِّصَ مالَه ، ويعُودَ إليه ، فتَلْحَقُه تُهْمَةٌ ، فلم تَبْطُلِ البَيِّنَةُ بقَوْلِه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، يثْبُتُ الإقْرارُ ، وتَسْقُطُ البَيِّنَةُ ؛ لأنَّها تشْهَدُ بالمِلْكِ لمن لا يَدَّعِيه ويُنْكِرُه . الجواب الثالث ، أن يقولَ : حبسَنى لأنَّ البَيِّنَةَ شَهِدتْ علىَّ لخَصْمِى بحَقٍّ ليَبْحثَ عن حالِ الشُّهودِ . فهذا يَنْبَنِى على أصلٍ ، وهو أنَّ الحاكمَ هل له ذلك أو لا ؟ فيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، ليس له ذلك ؛ لأنَّ الحَبْسَ عذابٌ ، فلا يَتَوَجَّه عليه قبلَ ثُبوتِ الحقِّ عليه . فعلى هذا لا يَرُدُّه إلى الحَبْسِ إن صدَّقَه خَصْمُه فى هذا . والثانى ، يجوزُ حَبْسُه ؛ لأنَّ المُدَّعِىَ قد أقامَ ما عليه ، وإنَّما بَقِىَ ما على الحاكمِ من البَحْثِ . ولأصْحابِ الشَّافعىِّ وَجْهانِ كهٰذَيْن ، فعلى هذا الوَجْهِ ، يرُدُّه إلى الحَبْسِ حتى يَكْشِفَ عن حالِ شُهودِه . وإن كذَّبه خَصْمُه ، وقال : بل قد عَرَفَ الحاكمُ عَدالةَ شُهودِى ، وحكَمَ عليه بالحقِّ . فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّ حَبْسَه بحَقٍّ . الجوابُ الرابعُ ، أنْ[٦٦] يقولَ : حبَسِنى الحاكمُ بثَمَنِ كلبٍ ، أو قِيمةِ خمرٍ أرَقْتُه لذِمِّىٍّ ؛ لأنَّه كان يرى ذلك . فإنْ صدَّقَه خَصْمُه ، فذكَرَ القاضى أنَّه يُطْلِقُه ؛ لأنَّ غُرْمَ هذا ليس بواجبٍ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّ الحاكمَ يُنفِّذُ حكمَ الحاكمِ الأوَّلِ ؛ لأنَّه ليس له نَقْضُ حُكْمِ غيرِه باجْتهادِه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه يتوقَّفُ ويجْتَهِدُ أن يَصْطَلِحا على شىءٍ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه

٩/١١ و

---

(٦٥) فى ب ، م : « شهادتها » .

(٦٦) سقط من : الأصل ، م .

فِعْلُ أحدِ الأمْرَيْن المُتقدِّمَيْن . وللشَّافعيِّ قَوْلان ، كهٰذَيْن الوَجْهَيْنِ الأخِيرَيْنِ . وإن كذَّبه خَصْمُه ، وقال : بل حُبِسْتَ بحَقٍّ واجبٍ غيرِ هذا . فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الظاهرَ حَبْسُه بحَقٍّ . الجوابُ الخامسُ ، أن يقولَ : حُبِسْتُ ظُلْمًا ، ولا حقَّ عليَّ . ٩/١١ظ / فيُنادِي مُنادِي الحاكمِ بذِكْرِ ما قالَه ، فإن حضرَ رجلٌ فقال : أنا خَصْمُه . فأنْكَرَه ، وكانت للمُدَّعِي بَيِّنَةٌ ، كُلِّفَ الجوابَ على ما مَضَى ، وإن لم تكُنْ له بَيِّنَةٌ ، أو لم يظْهَرْ له خَصْمٌ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه أنَّه لا خَصْمَ له ، أو لا حَقَّ عليه ، ويُخْلَى سَبيلُه .

فصل : ثم يَنْظُرُ فى أمرِ الأوْصِيَاءِ ؛ لأنَّهم يكونون ناظِرِينَ فى أمْوالِ اليَتامَى والمَجانينِ وتَفرِقَةِ الوَصِيَّةِ بين المساكينِ ، فيَقْصِدُهم الحاكمُ بالنَّظَرِ ؛ لأنَّ المَنْظُورَ عليه لا يُمْكِنُه المطالبةُ بحقِّه ، فإنَّ الصغيرَ والمجنونَ لا قولَ لهما ، والمساكينَ لا يتعيَّنُ الأخْذُ منهم ، فإذا قدِمَ إليه الوَصِيُّ ، فإن كان الحاكمُ قَبْلَه نَفَّذَ وَصِيَّته ، لم يَعْزِلْه ؛ لأنَّ الحاكمَ ما نفَّذَ وَصِيَّته إلَّا وقد عرَفَ أهْلِيَّتَه فى الظَّاهرِ ، ولكن يُراعِيه ، فإن تغَيَّرتْ حالُه بفِسْقٍ أو ضَعْفٍ ، أضافَ إليه أمِينًا قَوِيًّا يُعِينُه ، وإنْ كان الأوَّلُ ما نَفَّذَ وَصِيَّته ، نَظَرَ فيه ، فإن كانَ أمِينًا قَوِيًّا ، أقَرَّه ، وإن كان أمِينًا ضَعِيفًا ، ضَمَّ إليه مَن يُعِينُه ، وإنْ كان فاسِقًا ، عزَلَه وأقامَ غيرَه . وعلى قولِ الْخِرَقِيِّ ، يُضَمُّ إليه أمينٌ يَنْظُرُ عليه . وإن كان قد تصرَّفَ ، أو فرَّقَ الوَصِيَّةَ ، وهو أهلٌ للوَصِيَّةِ ، نَفَّذَ تَصرُّفَه ، وإن كان ليس بأهلٍ ، وكان أهلُ الوَصِيَّةِ بالِغينَ عاقِلينَ مُعيَّنينَ ، صَحَّ الدَّفْعُ إليهم ؛ لأنَّهم قَبَضُوا حُقوقَهم ، وإن كانوا غيرَ مُعيَّنينَ ، كالفقراءِ والمساكينِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، عليه الضَّمانُ ، ذكرَه القاضى ، وأصْحابُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه ليس له التَّصرُّفُ . والثانى ، لا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّه أوْصَلَه إلى أهلِه . وكذلك إن فَرَّقَ الوَصِيَّةَ غيرُ المُوصَى إليه بتَفْرِيقِها[٦٧] ، فعلى وَجْهَيْنِ .

فصل : ثم يَنْظُرُ فى أُمَناءِ الحاكمِ ، وهم مَن رَدَّ إليهم الحاكمُ النَّظَرَ فى أمرِ الأطفالِ ، وتَفْرِقةِ الوَصايا التى لم يُعَيَّنْ لها وَصِيٌّ ، فإن كانوا بحالِهم ، أقَرَّهم ؛ لأنَّ الذى

---

(٦٧) فى الأصل : « بتفرقتها » .

قبلَه ولَّاهم، ومَن تغيَّرَ حالُه منهم ، عزَلَه إن فسَقَ ، وإن / ضَعُفَ، ضَمَّ إليه أمِينًا . ١٠/١١و

فصل : ثم ينْظُرُ فى أمرِ الضَّوالِّ واللُّقَطةِ التى تَوَلَّى الحاكمُ حِفْظَها ؛ فإن كانتْ ممَّا يُخافُ تَلَفُه كالحيوانِ ، أو فى حِفْظِه مُؤْنَةٌ كالأمْوالِ الجافِيَةِ ، باعَها ، وحَفِظَ ثمَنَها لأرْبابِها ، وإن لم تكُنْ كذلك كالأثمانِ ، حَفِظَها لأرْبابِها ، ويكْتُبُ عليها لِتُعَرَّفَ .

١٨٦٥ ــ مسألة ؛ قال : (وَلَا يَحْكُمُ الْحَاكِمُ بَيْنَ آثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانُ)

لا خِلافَ بين أهلِ العلمِ فيما علِمْناه ، فى أنَّ القاضىَ لا يَنْبَغِى له أنْ يقْضِىَ وهو غَضْبانُ . كَرِهَ ذلك شُرَيْحٌ ، وعمرُ بنُ عبدِ العزيزِ ، وأبو حنيفةَ ، والشَّافعىُّ . وكتبَ أبو بَكْرَةَ إلى عبدِ اللهِ بنِ أبى بَكرةَ وهو قاضٍ بسِجِسْتَانَ ، أنْ لا تَحْكُمَ بين اثنَيْن وأنتَ غَضْبانُ ؛ فإنى سمعتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقولُ : « لا يَحْكُمْ أَحَدٌ بَيْنَ آثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانُ » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . وكتبَ عمرُ، رَضِىَ اللهُ عنه، إلى أبى موسى: إيَّاكَ والغَضَبَ، والقَلَقَ، والضَّجَرَ، والتَّأذِّى بالناسِ، والتَّنكُّرَ لهم عندَ الخُصومةِ، فإذا رأيتَ الخَصْمَ يتعمَّدُ الظُّلْمَ ، فأَوْجِعْ رأسَه[2] . ولأنَّه إذا غضِبَ تغيَّرَ عقلُه، ولم يَسْتَوْفِ رَأْيَه وفِكْرَه. وفى معنى الغضبِ كلُّ ما شَغَلَ فكرَه، من الجُوعِ المُفْرِطِ ، والعَطَشِ الشَّدِيدِ، والوَجَعِ المُزْعِجِ، ومُدافَعةِ أحدِ الأخْبَثَيْنِ، وشِدَّةِ النُّعاسِ ، والهَمِّ، والغَمِّ ،والحُزْنِ ، والفرَحِ، فهذه كلُّها تَمْنَعُ الحاكمَ؛ لأنَّها تَمْنَعُ حضورَ القلبِ، واسْتيفاءَ الفكرِ ، الذى يُتوصَّلُ به إلى إصابةِ الحقِّ فى الغالبِ، فهى فى معنى الغضَبِ المَنْصوصِ عليه، فتَجْرِى مَجْراهُ . فإن حكَمَ فى الغضبِ أو ما شاكلَه ، فحُكِىَ عن القاضى ، أنَّه لا يَنْفُذُ قَضاؤُه ؛ لأنَّه مَنْهِىٌّ عنه ، والنَّهْىُ يَقتَضِى فسادَ المَنْهِىِّ عنه[3] . وقال فى « المُجَرَّدِ » : يَنْفُذُ قضاؤُه . وهو مذهبُ الشَّافعىِّ ؛ لما رُوِىَ ، أنَّ النَّبىَّ ﷺ اخْتصمَ إليه الزُّبَيْرُ

---

(١) تقدم تخريجه ، فى صفحة ١٩ ، ٢٠ .

(٢) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب القضاة ، من كتاب الجامع . المصنف ١١/٣٢٨ ، ٣٢٩ .

(٣) سقط من : الأصل .

وَرجلٌ من الأنصارِ ، فى شِرَاجِ الحَرَّةِ[٤] ، فقال النَّبىُّ ﷺ للزُّبَيْرِ : « اسْقِ ، ثُمَّ أَرْسِلِ الْمَاءَ إِلَى جَارِكَ » . فقال الأنْصَارِىُّ : أنْ كَانَ ابنَ عمَّتِك . فغضِبَ رسولُ اللهِ ﷺ / وقال للزُّبَيْرِ : « اسْقِ ، ثُمَّ احْبِسِ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ الْجَدْرَ[٥] » . مُتَّفَقٌ عليه[٦] . فحكَمَ فى حالِ غَضبِه . وقيل : إنما يَمْنَعُ الغضبُ الحاكمَ[٧] إذا كانَ قبلَ أنْ يتَّضحَ له الحُكمُ فى المسألةِ ، فأمَّا إن اتَّضحَ الحُكْمُ ، ثم عَرَضَ الغضبُ ، لم يَمْنَعْه ؛ لأنَّ الحقَّ قد اسْتبانَ قبلَ الغضبِ ، فلا يُؤثِّرُ الغضبُ فيه .

١٠/١١ ظ

١٨٦٦ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا نَزَلَ بِهِ الأَمْرُ الْمُشْكِلُ عَلَيْهِ مِثْلُهُ ، شَاوَرَ فِيهِ أَهْلَ الْعِلْمِ وَالأَمَانَةِ**)

وجُمْلتُه أنَّ الحاكمَ إذا حَضَرَتْه قضيَّةٌ تَبَيَّنَ له حُكْمُها فى كتابِ اللهِ تعالى ، أو سُنَّةِ رسولِه ، أو إجْماعٍ ، أو قياسٍ جَلِىٍّ ، حكمَ ولم يَحْتَجْ إلى رَأْىِ غيرِه ؛ لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ لمُعاذٍ حين بَعَثَه إلى اليمنِ : « بِمَ تَحْكُمُ ؟ » قال : بكتابِ اللهِ . قال : « فَإِنْ لَمْ تَجِدْ ؟ ». قال : بسُنَّةِ رسولِ اللهِ ﷺ . قال : « فَإِنْ لَمْ تَجِدْ ؟ ». قال : أجتهِدُ رَأْيِى ، ولا آلُو . قال : « الحَمْدُ للهِ الَّذِى وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللهِ لِمَا يُرْضِى رَسُولَ اللهِ »[١] . وإن احْتاجَ إلى الاجْتهادِ ، اسْتُحِبَّ له أنْ يُشاوِرَ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِى ٱلْأَمْرِ ﴾[٢] . قال الحسنُ : إنْ كان رسولُ اللهِ ﷺ لَغَنِيًّا عن مُشاوَرَتِهم ، وإنَّما أرادَ أن يَسْتَنَّ بذلك الحُكَّامُ بعدَه[٣] . وقد شاوَرَ النَّبىُّ ﷺ أصحابَه

---

(٤) شراج الحرة : مسيل الماء منها إلى السهل .
(٥) الجدر : الحائط ، كالجدار .
(٦) تقدم تخريجه ، فى : ١٦٨/٨ ، ١٦٩ .
(٧) فى ب : « الحكم » .
(١) تقدم تخريجه ، فى : ٢٧٥/١ ، ٥/٤ .
(٢) سورة آل عمران ١٥٩ .
(٣) أخرجه البيهقى ، فى : باب مشاورة القاضى والوالى فى الأمر ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١٠٩/١٠ .

فى أُسارَى بَدْرٍ[٤] ، وفى مُصالحةِ الكفَّارِ يومَ الخَنْدقِ[٥] ، وفى لِقاءِ الكُفَّارِ يومَ بَدْرٍ[٦] . ورُوِىَ : ما كان أحَدٌ أكْثَرَ مُشاوَرةً لأصحابه مِن رسولِ اللهِ ﷺ[٧] . وشاورَ أبو بكرٍ النـاسَ فى ميراثِ الجَـدَّةِ[٨] ، وعمـرُ فى ديـةِ الجنيـنِ[٩] ، وشاورَ الصحابـةَ فى حَدِّ الخمرِ[١٠] . ورُوِىَ : أنَّ عمرَ كان يكونُ عنده جماعةٌ من أصحابِ رسولِ اللهِ ﷺ ، منهم عثمانُ وعلىٌّ وطَلْحةُ والزُّبَيْرُ وعبدُ الرحمنِ بنُ عَوفٍ ، إذا نزلَ به الأمْرُ شاورَهم فيه[١١] . ولا مُخالِفَ فى استِحْبابِ ذلك ، قال أحمد : لمَّا وَلِىَ سعدُ بنُ إبراهيمَ قضاءَ المدينةِ ، كان يجلسُ بين القاسمِ وسالمٍ يُشاورُهما ، ووَلِىَ مُحارِبُ بنُ دِثارٍ قضاءَ الكوفةِ ، فكان يَجْلِسُ بين الحَكَمِ وحَمَّادٍ يُشاوِرُهما ، ما أحْسَنَ / هذا لو كان الحُكَّامُ يَفْعلونَه ، يُشاوِرُونَ ويَنْتظِرُون . ولأنَّه قد يَنْتبِهُ بالمُشاورةِ ، ويتذَكَّرُ ما نَسِيَه بالمُذاكرةِ ، ولأنَّ الإحاطةَ بجميعِ العُلومِ مُتعذِّرةٌ . وقد يَنْتبِهُ لإصابةِ الحقِّ ومَعْرفةِ الحادثةِ مَن هو دونَ القاضى ، فكيفَ بمَن يُساوِيه أو يَزِيدُ عليه ! فقد رُوِىَ أنَّ أبا بكرٍ الصِّدِّيقَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، جاءتْه الجَدَّتانِ ، فورَّثَ أُمَّ الأُمِّ ، وأسْقَطَ أُمَّ الأبِ ، فقال له عبدُ الرحمنِ بنُ سَهْلٍ : يا خَليفةَ رسولِ اللهِ ، لقد أسْقَطْتَ التى لو ماتَتْ وَرِثَها ، وورَّثْتَ التى لو[١٢] ماتتْ لم يَرِثْها . فرجعَ أبو بكرٍ ، فأشْرَكَ بينهما[١٣] . وروَى عمرُ بنُ شَبَّةَ ، عن الشَّعْبِىِّ ،

١١/١١و

---

(٤) تقدم تخريجه ، فى : ٤٥/١٣ .

(٥) انظر ما تقدم فى : ١٥٦/١٣ .

(٦) أخرجه مسلم ، فى : باب غزوة بدر ، من كتاب الجهاد والسير . صحيح مسلم ١٤٠٣/٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢١٩/٣ ، ٢٥٧ ، ٢٥٨ . وانظر : الدر المنثور ١٦٣/٣ .

(٧) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى المشورة ، من كتاب الجهاد . عارضة الأحوذى ٢١٠/٧ . والبيهقى ، فى : باب مشاورة الوالى والقاضى فى الأمر ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١٠٩/١٠ . والإمام الشافعى ، انظر : كتاب الأحكام والأقضية ، من ترتيب المسند ١٧٧/٢ .

(٨) تقدم تخريجه ، فى : ٥٤/٩ .

(٩) تقدم تخريجه ، فى : ٦٠/١٢ .

(١٠) تقدم تخريجه ، فى : ٤٩٤/١٢ .

(١١) انظر ما أخرجه البيهقى ، فى : باب من يشاور ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١١٣/١٠ .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) تقدم تخريجه ، فى : ٥٥/٩ .

أنَّ كعبَ بنَ سُورٍ[١٤] ، كان جالِسًا عند عمرَ ، فجاءتْه امرأةٌ ، فقالتْ: يا أميرَ المؤمنين ، ما رأيتُ رجلًا قطُّ أفضلَ من زَوْجِي ، واللهِ إنَّه لَيَبِيتُ ليلَه قائمًا ، ويَظَلُّ نهارَه صائمًا فى اليومِ الحارِّ ما يُفطِرُ . فاستَغْفَرَ لها ، وأثْنَى عليها ، وقال : مِثْلُكِ أُثْنَى[١٥] الخيرِ . قال : واسْتحْيَتِ المرأةُ فقامَتْ راجعةً ، فقال كعبٌ : يا أميرَ المؤمنين ، هلَّا أعْدَيْتَ المرأةَ على زَوْجِها ؟ قال : وما شَكَتْ ؟ قال : شَكَتْ زَوْجَها أشَدَّ الشِّكايةِ . قال : أوَ ذاك أرادَتْ ؟ قال : نعم . قال : رُدُّوا علىَّ المرأةَ . فقال : لا بَأْسَ بالحقِّ أن تَقُولِيه ، إنَّ هذا زعَمَ أنَّكِ جئْتِ تَشْكِينَ زوجَك ، أنَّه يَجْتنِبُ فِراشَكِ . قالتْ : أجَلْ ، إنِّى امرأةٌ شابَّةٌ ، وإنِّى لَأَبْتَغِى ما يَبْتَغِى النِّساءُ. فأرْسَلَ إلى زَوْجِها، فجاء، فقال لكعبٍ : اقْضِ بينهما . قال : أميرُ المؤمنينَ أحَقُّ أن يَقْضِيَ بينهما . قال : عَزَمْتُ عليك لَتَقْضِيَنَّ بينهما ، فإنَّك فَهِمْتَ مِن أمرِهما ما لم أفْهَمْ. قال: فإنِّى أرَى كأنَّها امرأةٌ[١٦] عليها ثلاثُ نِسْوةٍ ، هى[١٧] رابِعتُهنَّ ، فأقضِى له بثلاثةِ أيامٍ ولَيَالِيهِنَّ[١٨] يَتعبَّدُ فيهِنَّ ، ولها يومٌ وليلةٌ . فقال عمرُ : واللهِ ما رَأْيُك الأوَّلُ أعْجبَ إلَىَّ من الآخِرِ ، اذْهَبْ فأنتَ قاضٍ على البصرةِ[١٩] . إذا ثبتَ هذا ، فإنَّه يُشاوِرُ أهلَ العلمِ والأمانةِ ؛ لأنَّ مَن ليس كذلك فلا قَوْلَ له فى الحادثَةِ ، ولا يُسْكَنُ إلى قولِه . / قال سُفيانُ : ولْيَكُنْ أهلُ مَشُورتِك أهلَ التَّقْوَى وأهلَ الأمانةِ . ويُشاوِرُ المُوافقينَ والمُخالفينَ ، ويَسألُهم عن حُجَّتِهم ، لِيَبِينَ له الحقُّ . ١١/١١ظ

فصل : والمُشاورةُ هٰهُنا لاسْتخْراجِ الأدِلَّةِ ، ويَعْرِفُ الحقَّ بالاجْتهادِ ، ولا يجوزُ أن يُقلِّدَ غيرَه ، ويحْكُمَ بقولِ سِواهُ ، سواءٌ ظهرَ له الحقُّ فخالفَه غيرُه فيه ، أو لم يَظْهَرْ له شيءٌ ، وسَواءٌ ضاقَ الوقتُ ، أو لم يَضِقْ . وكذلك ليس للمُفتِى الفُتْيا بالتَّقْليدِ .

---

(١٤) فى م : « سوار » . خطأ .

(١٥) فى ب ، م : « أثنى » .

(١٦) سقط من : م .

(١٧) فى الأصل : « وهى » .

(١٨) فى ب ، م : « بلياليهن » .

(١٩) تقدم تخريجه ، فى : ٢٣٨/١٠ .

وبهذا قال الشَّافعيُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : إذا كان الحاكمُ مِن أهلِ الاجْتهادِ ، جازَ له تَرْكُ رَأْيِه لرَأْيِ مَن هو أُفقَهُ منه عندَه إذا صارَ إليه ، فهو ضَرْبٌ من الاجتهادِ . ولأنَّه يعْتقِدُ أنَّه أعْرَفُ منه بطريقِ الاجْتهادِ . ولَنا ، أنَّه من أهلِ الاجتهادِ ، فلم يجُزْ له تَقليدُ غيرِه ، كما لو كان مِثْلَه ، كالمُجْتهدين فى القِبْلةِ ، وما ذكره[٢٠] ليس بصحيحٍ ؛ فإنَّ مَن هو أفْقَهُ منه يجوزُ عليه الخَطَأُ ، فإذا اعْتقدَ أنَّ ما قالَه خطأٌ ، لم يجُزْ له أنْ يعْملَ به ، وإن كان لم يَبِنْ له الحقُّ ، فلا يجوزُ له أن يَحكُمَ بما يجوزُ أن يَبِينَ له خطؤُه إذا اجْتهدَ .

فصل : قال أصحابُنا : يُسْتحبُّ أن يُحْضِرَ مجلسَه أهلَ العلمِ مِن كلِّ مذهبٍ ، حتى إذا حدَثَتْ حادثةٌ ، يَفْتقِرُ إلى أنْ يسألَهم عنها سألَهم ، ليَذْكُروا أدِلَّتَهم فيها وجوابَهم عنها ، فإنَّه أسْرَعُ لاجتهادِه ، وأقْربُ لصَوابه ، فإن حكَمَ باجْتهادِه ، فليس لأحدٍ منهم أن يَرُدَّ عليه وإن خالفَ اجْتهادَه ؛ لأنَّ فيه افْتِيَاتًا عليه ، إلَّا أن يحْكُمَ بما يخالفُ نَصًّا[٢١] أو إجْماعًا .

فصل : ويَنْبَغِى له أنْ يُحْضِرَ شُهودَه مجلسَه ، ليَسْتَوْفِىَ بهم الحقوقَ ، وتَثْبُتَ بهم الحُجَجُ والمحاضرُ ، فإن كان ممَّن يَحْكُمُ بعِلْمِه ، فإن شاءَ أدْناهُم إليه ، وإن شاءَ باعَدَهم منه ، بحيثُ إذا احْتاجَ إلى إشْهادِهم على حُكْمِه استَدْعاهم / ليَشهدُوا بذلك ، ١٢/١١ و وإن كان ممَّن لا يَحْكُمُ بعِلْمِه ، أجلسَهم بالقُرْبِ منه حتى يَسْمَعُوا كلامَ المُتخاصِمَينِ ، لئلَّا يُقِرَّ منهم مُقِرٌّ ثم يُنْكِرَ ويَجْحدَ ، فيَحْفَظُوا عليه إقْرارَه ، ويَشْهدُوا به .

فصل : وإذا اتَّصلَتْ به الحادثةُ ، واسْتنارَت الحُجَّةُ لأحَدِ الخَصْمَينِ ، حَكَمَ . وإن كان فيها لَبْسٌ ، أمرَهما بالصُّلحِ ، فإنْ أبَيَا أخَّرَهما إلى البَيانِ ، فإن عَجَّلها قبلَ

---

(٢٠) فى الأصل : « ذكروه » .

(٢١) فى الأصل : « قضاء » .

الْبيانِ ، لم يَصْلُحْ حُكْـمُه . ومِمَّن رأى الإصْلاحَ بين الخَصْمَيْنِ ، شُرَيْحٌ ، وعبدُ اللهِ بنُ عُتْبةَ ، وأبو حنيفةَ ، والشَّعْبِىُّ ، والعَنْبَرِىُّ . ورُوِىَ عن عمرَ ، أنَّه قال : رُدُّوا الخُصومَ حتى يَصْطَلِحُوا ، فإنَّ فَصْلَ القَضاءِ يُحْدِثُ بين القَوْمِ الضَّغائنَ[٢٢] . قال أبو عُبَيْدٍ : إنَّما يَسَعُه الصُّلْحُ فى الأُمورِ المُشْكِلةِ ، أمَّا إذا اسْتنارتِ الحُجَّةُ لأحَدِ الخَصْمَيْنِ ، وتَبيَّنَ له مَوْضِعُ الظالمِ ، فليس له أن يَحْمِلَهُما على الصُّلحِ . ونحوُه قولُ عَطاءٍ . واسْتَحْسَنَه ابنُ المُنْذِرِ . ورُوِىَ[٢٣] عن شُريحٍ أنَّه ما أصْلحَ بين مُتحاكِمَيْنِ إلَّا مَرَّةً واحدةً .

فصل : وإذا حدَثَتْ حادثةٌ ، نَظَرَ فى كتابِ اللهِ ، فإنْ وجَدَها ، وإلَّا نَظَرَ فى سنَّةِ رسولِه ، فإن لم يجدْها ، نظَرَ فى القياسِ ، فألْحقَها بأشْبَهِ الأُصولِ[٢٤] بها ؛ لما ذكَرْنا من حديثِ مُعاذِ بنِ جَبَلٍ ، وهو حديثٌ يرْويه عمرُو بنُ الحارثِ ابنُ أخى المُغيرةِ بنِ شعبةَ ، عن رجالٍ مِن أصْحابِ مُعاذٍ مِن أهلِ حِمْص ، وعمرٌو والرجالُ مجهولون ، إلَّا أنَّه حديثٌ مَشْهورٌ فى كُتبِ أهلِ العلمِ ، رواه سعيدُ بنُ منصورٍ ، والإمامُ أحمدُ ، وغيرُهما ، وتلَقَّاه العلماءُ بالقَبولِ ، وجاءَ عن الصَّحابةِ مِن قَوْلِهم ما يُوافقُه ، فرَوَى سعيدٌ ، أنَّ عمرَ قال لشُرَيْحٍ : انْظُرْ ما يتبيَّنُ لك فى كتابِ اللهِ ، فلا تسألْ عنه أحَدًا ، وما لا يتَبيَّنُ لك فى كتابِ اللهِ ، فاتَّبِعْ فيه السُّنَّةَ ، وما لم يتبيَّنْ لك فى السُّنَّةِ ، فاجْتِهدْ فيه رَأْيَك[٢٥] . وعن ابنِ مسعودٍ مثلُ ذلك .

١٢/١١ظ / **١٨٦٧ – مسألة ؛ قال : (وَلَا يَحْكُمُ الْحَاكِمُ بِعِلْمِهِ)**

---

(٢٢) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب هل يرد القاضى الخصوم حتى يصطلحوا ؟ من كتاب البيوع . المصنف ٣٠٣/٨ ، ٣٠٤ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى الصلح بين الخصوم ، من كتاب الأقضية والبيوع . المصنف ٢١٣/٧ ، ٢١٤ .

(٢٣) فى الأصل : « ويروى » .

(٢٤) فى م : « الوصول » تحريف .

(٢٥) أخرجه ، عن عمر ، ومن طريق سعيد بن منصور ، البيهقى ، فى : باب موضع المشاورة . كما أخرجه عن عمر وابن مسعود ، فى : باب ما يقضى به القاضى ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١١٠/١٠ ، ١١٥ .

ظاهرُ المذهبِ أنَّ الحاكمَ لا يحْكُمُ بعِلْمِه فى حَدٍّ ولا غيرِه ، لا فيما عَلِمَه قبلَ الوِلَايةِ ولا بعدَها . هذا قولُ شُرَيْحٍ ، والشَّعْبِىِّ ، ومالكٍ ، وإسحاقَ ، وأبى عُبَيْدٍ ، ومحمدِ بنِ الحسنِ . وهو أحدُ قَوْلَيِ الشَّافعيِّ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخْرَى : يجوزُ له ذلك . وهو قولُ أبى يوسفَ ، وأبى ثَوْرٍ ، والقولُ الثانى للشَّافعيِّ ، واخْتِيارُ المُزَنِيِّ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ لما قالتْ له هندٌ : إنَّ أبا سُفيانَ رجلٌ شَحِيحٌ ، لا يُعْطِينِى مِن النَّفقةِ ما يَكْفِينِى ووَلَدِى . قال : « خُذِى مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ »[1] . فحكَمَ لها مِن غيرِ بَيِّنةٍ ولا إقْرارٍ ، لِعلْمِه بصِدْقِها . ورَوَى ابنُ عبدِ البَرِّ ، فى « كتابِه » أنَّ عُروَةَ ومُجاهِدًا رَوَيَا ، أنَّ رجلًا مِن بنى مَخْزومٍ اسْتَعْدَى عمرَ بنَ الخطَّابِ على أبى سُفْيانَ بنِ حَرْبٍ ، أنَّه ظَلَمَه حَدًّا فى موضعِ كذا وكذا . قال عمرُ : إنى لأَعْلَمُ النَّاسِ بذلك ، ورُبَّما لَعِبْتُ أنا وأنتَ فيه ، ونحن غِلمانٌ ، فأْتِنِى بأبى سُفْيان . فأتَاهُ به ، فقال له عمرُ : يا أبا سفيانَ ، انْهَضْ بنا إلى مَوْضِعِ كذا وكذا . فنَهَضُوا ، ونظَرَ عمرُ ، فقال : يا أبا سفيانَ ، خُذْ هذا الحجرَ مِن هٰهُنا فضَعْه هٰهُنا . فقال : واللهِ لا أفْعَلُ . فقال : واللهِ لَتَفْعَلَنَّ . فقال : واللهِ لا أفْعَلُ . فعَلَاه بالدِّرَّةِ ، وقال : خُذْهُ لا أُمَّ لك ، فضَعْه هٰهُنا ، فإنَّك ما عَلِمْتَ قَدِيمُ الظُّلْمِ . فأخذَ أبو سفيانَ الحجرَ ، ووضَعَه حيثُ قال عمرُ ، ثم إنَّ عمرَ اسْتَقْبَلَ القِبْلَةَ ، فقال : اللَّهُمَّ لك الحمدُ حيثُ لم تُمِتْنِى حتى غَلَبْتُ أبا سُفيانَ على رَأْيِه ، وأذْلَلْتَه لى بالإسْلامِ . قال : فاسْتقبلَ القِبلةَ أبو سُفْيانَ ، وقال : اللَّهُمَّ لك الحمدُ ، إذْ لم تُمِتْنِى حتى جَعَلْتَ فى قلبى من الإسْلامِ ما أَذِلُّ به لِعمرَ . قال[2] : فحكَمَ بعلمه . ولأنَّ الحاكمَ يحْكُمُ بالشَّاهِدَيْن ، لأنَّهما يَغْلِبانِ على الظَّنِّ ، فما تحقَّقَه وقطعَ به ، كان أَوْلَى ، ولأنَّه يَحْكُمُ بعِلْمِه فى تَعْدِيلِ الشُّهودِ وجَرْحِهم ، فكذلك فى ثُبوتِ الحَقِّ ، قياسًا / عليه . وقال أبو حنيفةَ : ما كان من حُقوقِ اللهِ ، لا يَحْكُمُ فيه بعِلْمِه ؛ لأنَّ حُقوقَ اللهِ تعالى مَبْنِيَّةٌ على المُساهَلةِ والمُسامَحَةِ ، وأمَّا حُقوقُ الآدمِيِّينَ فما عَلِمَه قبلَ وِلَايتِه[3] لم[4] يحْكُمْ به ، وما علمَه فى

١١/١٣و

(١) تقدم تخريجه ، فى : ١١/٣٤٨ .
(٢) فى ب ، م : « قالوا » .
(٣) فى الأصل : « ولاية » .
(٤) فى الأصل : « لا » .

ولايته ، حَكَمَ به ؛ لأنَّ ما عَلِمَه قبلَ وِلَايته بمَنْزلِةِ ما سَمِعَه من الشُّهودِ قبلَ وِلَايتِه ، وما عَلِمَه فى وِلَايتِه ، بمنزلةِ ما سَمِعَه من الشُّهودِ فى وِلَايتِه . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَىَّ ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ ، فَأَقْضِىَ لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ »[٥] . فدلَّ على أنَّه إنَّما يَقْضِى بما يَسْمَعُ ، لا بما يَعْلَمُ . وقالَ النبىُّ ﷺ فى قَضِيَّةِ الحَضْرَمِىِّ والكِنْدِىِّ : « شَاهِدَاكَ أو يَمِينُهُ ، لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إِلَّا ذَاكَ »[٦] . ورُوِىَ عن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه تَداعَى عندَه رجلانِ ، فقال له أحدُهما : أنتَ شاهِدى . فقال : إن شِئْتُما شَهِدْتُ ولم أحْكُمْ ، أو أحْكُمُ ولا أشْهَدُ[٧] . وذكرَ ابنُ عبدِ البَرِّ ، [٨] فى « كتابه » [٨] ، عن عائشةَ ، رضى اللهُ عنهما : أنَّ النَّبِىَّ ﷺ بعث أبا جَهْمٍ على الصَّدَقةِ[٩] ، فَلاحَاه رجلٌ فى فَرِيضةٍ ، فوقَعَ بينَهما شِجاجٌ ، فأتَوُا النَّبِىَّ ﷺ ، فأعْطاهُم الأَرْشَ ، ثم قال : « إِنِّى خَاطِبٌ النَّاسَ ، ومُخْبِرُهُمْ أَنَّكُمْ قَدْ رَضِيتُمْ ، أَرَضِيتُمْ ؟ » قالوا : نعم . فصَعَدَ النَّبِىُّ ﷺ المِنْبَرَ[١٠] ، فخطَبَ ، وذكَرَ القِصَّةَ ،

---

(٥) أخرجه البخارى ، فى : باب من أقام البينة بعد اليمين ، من كتاب الشهادات ، وفى : باب حدثنا محمد بن كثير ، من كتاب الحيل . وفى : باب موعظة الإمام للخصوم ، من كتاب الأحكام . صحيح البخارى ٣/٢٣٥ ، ٩/٣٢ ، ٨٦ . ومسلم ، فى : باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة ، من كتاب الأقضية . صحيح مسلم ٣/١٣٣٧ . وأبو داود ، فى : باب فى قضاء القاضى إذا أخطأ ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢/٢٧٠ ، ٢٧١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى التشديد ... ، من كتاب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/٨٣ ، ٨٤ . والنسائى ، فى : باب الحكم بالظاهر ، وباب ما يقطع القضاء ، من كتاب القضاء . المجتبى ٨/٢٠٥ ، ٢١٧ . وابن ماجه ، فى : باب قضية الحاكم لا تحل حراما ولا تحرم حلالا ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٧٧ . والإمام مالك ، فى : باب الترغيب فى القضاء بالحق ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧١٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٢٠٣ ، ٢٩٠ ، ٢٩١ ، ٣٠٨ ، ٣٢٠ .

(٦) أخرجه مسلم ، فى : باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ١/١٢٣ ، ١٢٤ . وأبو داود ، فى : باب فى من حلف يمينا ... ، من كتاب الأيمان ، وفى : باب الرجل يحلف على علمه فيما غاب عنه ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢/١٩٨ ، ٢٨٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى أن البينة على المدعى ... ، من كتاب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/٨٦ .

(٧) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب الرجل يدعى شهادة القاضى أو الوالى ، من كتاب البيوع . المصنف ٦/٥٣٨ .

(٨ - ٨) سقط من : الأصل .

(٩) فى الأصل زيادة : « فأعطاهم » .

(١٠) سقط من : ب ، م .

وقال : « أرَضِيتُم ؟ » قالوا : لا . فهمَّ بهمُ المُهاجرون ، فنزَلَ النَّبىُّ ﷺ فأعْطاهم ، ثم صَعَدَ ، فخَطَبَ الناسَ ، ثم قال : « أَرَضِيتُمْ ؟ » . قالوا : نعم[11] . وهذا يُبيِّنُ أنه لم يأْخُذْ بعِلْمِه .

ورُوِىَ عن أبى بكرٍ الصِّدِّيق ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : لو رأيتُ حَدًّا على رجلٍ ، لم أحُدَّه[12] حتى تَقومَ البَيِّنَةُ . ولأنَّ تَجْويزَ القضاءِ بعِلْمِه يُفْضِى إلى تُهْمَتِه ، والحُكْمِ بما اشْتهَى ، ويُحِيلُه على عِلْمِه . فأمَّا حديثُ أبى سفيانَ ، فلا حُجَّةَ فيه ؛ لأنَّه فُتْيا لا حُكْمٌ ، بدليلِ أنَّ النَّبىَّ ﷺ أفْتَى فى حقِّ أبى سُفْيانَ مِن غيرِ حُضورِه ، ولو كانَ / حُكْمًا عليه لم يَحْكُمْ عليه فى غَيْبَتِه . وحديثُ عمرَ الذى رَوَوه ، كان إنْكارًا لمُنْكَرٍ رَآهُ ، لا حُكْمٌ[13] ، بدليلِ أنَّه ما وُجِدَتْ منهما دَعْوَى وإنْكارٌ بشُروطِهما ، ودليلُ ذلك ما رَوَيْناه عنه ، ثم لو كان حُكْمًا ، كان مُعارَضًا بما رَوَيْناه عنه ، ويفارِقُ الحُكْمَ بالشَّاهِدَيْن ؛ فإنَّه لا يُفْضِى إلى تُهْمَةٍ ، بخلافِ مَسْألتِنا . وأما الجَرْحُ والتَّعْديلُ ، فإنَّه يَحْكُمُ فيه بعِلْمِه ، بغيرِ خلافٍ ؛ لأنَّه لو لم يَحْكُمْ فيه بعِلْمِه ، لتَسلْسَلَ ، فإنَّ المُزَكِّيَيْنِ يَحْتاجُ إلى مَعْرفةِ عَدالتِهما وجَرْحِهما ، فإذا لم يَعْمَلْ بعِلْمِه ، احْتاجَ كلُّ واحدٍ منهما إلى مُزَكِّيَيْنِ ، ثم كلُّ واحدٍ منهما يحْتاجُ إلى مُزَكِّيَيْنِ ، فيتَسَلْسَلُ ، وما نحنُ فيه بخلافِه .

فصل : ولا خلافَ فى أنَّ للحاكمِ أنْ يَحْكُمَ بالبَيِّنَةِ والإقْرارِ فى مجلسِ حُكْمِه ، إذا سَمِعَه معه شاهِدَانِ ، فإنْ لم يَسْمَعْه معه أحدٌ ، أو سَمِعَه شاهدٌ ، فنصَّ أحمدُ على أنَّه يَحْكُمُ به . وقال القاضى : لا يَحْكُمُ به حتى يَسْمعَه معه شاهِدَان ؛ لأنَّه حَكَمَ بعِلْمِه .

١٣/١١ظ

---

(١١) أخرجه أبو داود ، فى : باب العامل يصاب على يديه خطأ ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٤٨٩/٢ . والنسائى ، فى : باب السلطان يصاب على يديه ، من كتاب القسامة . المجتبى ٣١/٨ . وابن ماجه ، فى : باب الجارح يفتدى بالقود ، من كتاب الديات ٨٨١/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٣٢/٦ .

(١٢) فى ب زيادة : « منه » .

(١٣) كذا ورد فى النسخ .

١٨٦٨ – مسألة ؛ قال : (وَلَا يَنْقُضُ[١] مِنْ حُكْمِ غَيْرِهِ إِذَا رُفِعَ إِلَيْهِ ، إِلَّا مَا خَالَفَ نَصَّ كِتَابٍ ، أَوْ سُنَّةٍ ، أَوْ إِجْمَاعًا)

وجملةُ ذلك أنَّ الحاكمَ إذا رُفِعَتْ إليه قَضِيَّةٌ قد قضَى بها حاكمٌ سِواهُ ، فبانَ له خَطؤُه ، أو بانَ له خطأُ نَفْسِه ، نَظَرْتَ ؛ فإن كان الخطأُ لِمُخالفةِ نَصِّ كتابٍ أو سنَّةٍ أو إجْماعٍ ، نَقَضَ حُكْمَه . وبهذا قال الشَّافعيُّ ، وزادَ : إذا خالفَ قِياسًا[٢] جَلِيًّا نَقَضَه . وعن مالكٍ ، وأبي حنيفةَ ، أنَّهما قالا : لا يَنْقُضُ الحُكْمَ إلَّا إذا خالفَ الإجْماعَ . ثم ناقَضا ذلك ، فقال مالكٌ : إذا حَكَمَ بالشُّفعةِ للجارِ نَقَضَ حُكْمَه . وقال أبو حنيفةَ : إذا حكمَ بِبَيْعِ مَتْروكِ التَّسْمِيَةِ، أو حَكَمَ / بينَ العَبيدِ بالقُرْعةِ ، نَقَضَ حُكْمَه . وقال محمدُ ابنُ الحسنِ : إذا حكمَ بالشَّاهِدِ واليَمِينِ ، نَقَضَ حُكْمَه . وهذه مسائلُ خلافٍ مُوافقةٌ للسُّنَّةِ . واحْتَجُّوا على أنَّه لا ينْقُضُ ما لم يُخالِفِ الإجْماعَ بأنَّه يَسُوغُ فيه الخلافُ ، فلم يَنْقُضْ حُكْمَه فيه ، كما لا نَصَّ فيه . وحُكِيَ عن أبي ثَوْرٍ ، وداودَ ، أنَّه يَنْقُضُ جميعَ ما بانَ له خَطؤُه ؛ لأنَّ عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، كتبَ إلى أبي موسى : لا يَمْنَعَنَّكَ قَضاءٌ قَضَيْتَه بالأمْسِ ، ثم راجَعْتَ نفسَك فيه اليومَ ، فهُدِيتَ لِرُشْدِكَ[٣] ، أن تُراجِعَ فيه الحقَّ ؛ فإنَّ الرجوعَ إلى الحقِّ خيرٌ من التَّمادِي في الباطلِ[٤] . ولأنَّه خطأٌ ، فوجبَ الرُّجوعُ عنه ، كما لو خالفَ الإجْماعَ . وحُكِيَ عن مالكٍ أنَّه وافقَهما في قَضاءِ نَفْسِه . ولَنا ، على نَقْضِه إذا خالفَ نَصًّا أو إجْماعًا ، أنَّه قَضاءٌ لم يُصادِفْ شَرْطَه ، فوجبَ نَقْضُه ، كما لو لم يُخالِفِ الإجْماعَ ، وبَيانُ مُخالَفتِه للشَّرطِ ، أنَّ شَرْطَ الحُكْمِ بالاجْتهادِ عَدمُ النَّصِّ ، بدليلِ خبرِ مُعاذٍ ، ولأنَّه إذا تَرَكَ الكتابَ والسُّنَّةَ ، فقد فَرَّطَ ، فوجبَ نَقْضُ حُكْمِه ، كما

١٤/١١ و

---

(١) في الأصل : « ينتقض » .

(٢) في م : « نصا » .

(٣) في الأصل : « إلى رشدك » .

(٤) أخرجه الدارقطني ، في : باب كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري ، من كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٤/٢٠٦ ، ٢٠٧ .

لو خالفَ الإجْماعَ ، أو كالو حَكَمَ بشَهادةِ كافِرَيْنِ . وما قالُوه يَبْطُلُ بما حَكَيْناه عنهم .
فإن قيل : أليس إذا صَلَّى بالاجْتهادِ إلى جِهَةٍ ، ثم بان له الخطأُ لم يُعِدْ ؟ قُلْنا : الفَرْقُ بينهما مِن ثلاثةِ أوْجُهٍ ؛ أحدِها ، أنَّ اسْتِقْبالَ القِبْلةِ يَسْقطُ حالَ العُذْرِ[٥] ، فى حالِ المُسايَفَةِ[٦] والخوفِ من عَدُوٍّ [٧]أو سَيْلٍ[٧] أو سَبُعٍ أو نحوِه ، مع العلمِ ، ولا يجوزُ تَرْكُ الحقِّ إلى غيرِه مع العِلْمِ بحالٍ . الثانى ، أنَّ الصَّلاةَ مِن حُقوقِ اللهِ تعالى ، تَدْخلُها المُسامَحةُ . الثالث ، أنَّ القِبلةَ يَتكرَّرُ فيها اشْتِباهُ القِبْلةِ ، فيشُقُّ القَضاءُ . [و][٨] هٰهُنا إذا بانَ له الخطأُ لا يعودُ الاشْتِباهُ بعدَ ذلك . وأمَّا / إذا تغيَّرَ اجْتهادُه مِن غيرِ أن يُخالِفَ نَصًّا ولا إجْماعًا ، أو خالفَ اجْتهادُه اجتهادَ مَن قَبْلَه ، لم ينقُضْه[٩] لمُخالفتِه ؛ لأنَّ الصحابةَ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، أجْمَعُوا على ذلك ، فإنَّ أبا بكرٍ حكَمَ فى مسائلَ باجْتهادِه ، وخالفه عمرُ ، ولم يَنْقُضْ أحكامَه ، وعلىٌّ خالفَ عمرَ فى اجْتهادِه ، فلم يَنْقُضْ أحْكامَه ، وخالفَهما علىٌّ ، فلم يَنْقُضْ أحْكامَهما ، فإنَّ أبا بكرٍ سَوَّى بين الناسِ فى العَطاءِ ، وأعْطَى العَبِيدَ ، وخالفَه عمرُ ، ففاضلَ بين الناسِ ، وخالفَهما علىٌّ فَسوَّى بين الناسِ وحَرَمَ العَبِيدَ ، ولم يَنْقُضْ واحدٌ منهم ما فعلَه مَن قَبْلَه[١٠] ، وجاءَ أهلُ نَجْرانَ إلى علىٍّ فقالوا : يا أميرَ المؤمنين ، كتابُكَ بيدِكَ ، وشَفاعتُك بلسانِكَ . فقال : وَيْحَكُمْ ، إنَّ عمرَ كان رَشِيدَ الأمرِ ، ولن أرُدَّ قَضاءً قَضَى به عمرُ . رواه سعيدٌ[١١] . ورُوِىَ أنَّ عمرَ حكَمَ فى المُشرَّكةِ بإسْقاطِ الإخوةِ من الأبوَيْن ، ثم شرَّكَ[١٢] بينهم بعدُ ، وقال : تلك

١١/١٤ظ

---

(٥) فى الأصل زيادة : « فيه » .
(٦) فى الأصل ، ا : « المسابقة » .
(٧–٧) سقط من : ب ، م .
(٨) تكملة لازمة .
(٩) فى الأصل : « ينتقضه » .
(١٠) انظر ما تقدم فى : ٣٠/٩ .
(١١) وأخرجه البيهقى ، فى : باب من اجتهد من الحكام ثم تغير اجتهاده ... ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١٢٠/١٠ .
(١٢) فى الأصل : « يشرك » .

علىٰ ما قَضَيْنا ، وهذه على ما قَضَيْنا[١٣] . وقضَى فى الجَدِّ بقضايـا مُخْتلفـةٍ ، ولم يَرُدَّ الأُولَى[١٤] . ولأنه يُؤَدِّى إلى نَقْضِ الحُكْمِ بمِثْلِه ، وهذا يُؤَدِّى إلى أن لا يَثْبُتَ الحُكْمُ أصْلًا ؛ لأنَّ الحاكمَ[١٥] الثانى يُخالِفُ الذى قبلَه ، والثالثَ يُخالِفُ الثانى ، فلا يَثْبُتُ حُكْمٌ . فإنْ قيل : فقد رُوِىَ أنَّ شُرَيحًا حكمَ فى ابْنَىْ عَمٍّ ، أحدُهما أخٌ لأُمٍّ ، أنَّ المالَ للأخ ، فرُفِعَ ذلك إلى علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فقال : علىَّ بالعبدِ . فجىءَ به . فقال : فى أىِّ كتابِ اللهِ وَجَدْتَ ذلك ؟ فقال : قال اللهُ تعالى : ﴿ وَأُوْلُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَـٰبِ ٱللَّهِ ﴾[١٦] . فقال له علىٌّ : فقد قال اللهُ تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَـٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ﴾[١٧] . ونقضَ حُكْمَه[١٨] . قُلْنا : لم يَثْبُتْ عندنا أنَّ عليًّا نَقَضَ حُكْمَه ، ولو ثَبَتَ فيَحْتَمِلُ أنْ يكونَ علىٌّ / رَضِىَ اللهُ عنه ، اعْتقدَ أنَّه خالَفَ نَصَّ الكتابِ فى الآيةِ التى ذكرَها ، فنَقَضَ حُكْمَه لذلك . ١١/١٥و

فصل : إذا تغيَّرَ اجْتهادُه قبلَ الحُكْمِ ، فإنَّه يحْكُمُ بما تَغيَّرَ اجْتهادُه إليه ، ولا يجوزُ أن يحْكُمَ باجْتهادِه الأوَّلِ ؛ لأنَّه إذا حكَمَ فقد حكَمَ بما يعتَقِدُ أنَّه باطلٌ ، وهذا كما قُلْنا فى مَن تغيَّرَ اجْتهادُه فى القِبْلَةِ بعدَ ما صلَّى لا يُعِيدُ ، وإن كان قبلَ أنْ يُصَلِّىَ ، صَلَّى[١٩] إلى الجهةِ التى تغيَّرَ اجْتهادُه إليها . وكذلكَ[٢٠] إذا بانَ فِسْقُ الشُّهودِ قبلَ الحُكْمِ ، لم يَحْكُمْ بشَهادتِهم ، ولو بانَ بعدَ الحُكْمِ ، لم يَنْقُضْه .

---

(١٣) أخرجه البيهقى فى الموضع السابق . وانظر ما تقدم فى : ٩/ ٢٤ .

(١٤) انظر : ما أخرجه الدارمى ، فى : باب فى قول عمر فى الجد ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢/٣٥٤ .

(١٥) فى ب : « الحكم » .

(١٦) سورة الأنفال ٧٥ .

(١٧) سورة النساء ١٢ .

(١٨) أخرجه البيهقى ، فى : باب ميراث ابنى عم ... ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦/٢٣٩ ، ٢٤٠ . وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى ابنى عم أحدهما أخ لأم ، من كتاب الفرائض . السنن ٣/١/٦٤ .

(١٩) سقط من : الأصل ، م .

(٢٠) فى ب ، م : « ولذلك » .

فصل : وليس على الحاكمِ تتبُّعُ قَضايا مَن كان قبلَه ؛ لأنَّ الظَّاهرَ صِحَّتُها وصَوابُها ، وأنَّه لا يُوَلَّى القضاءَ إلَّا مَن هو مِن أهلِ الوِلَايةِ ، فإن تتَبَّعَها نظَرَ فى الحاكمِ قبلَه ، فإن كان ممَّن يصْلُحُ للقَضاءِ ، فما وَافقَ مِن أحْكامِه الصَّوابَ ، أو لم يُخالِفْ كتابًا ولا سُنَّةً ولا إجْماعًا ، لم يسُغْ نَقْضُه ، وإن كان مُخالِفًا لأحَدِ هذه الثلاثةِ ، وكان فى حقٍّ للهِ تعالى ، كالعَتاقِ والطَّلاقِ ، نَقَضَه ؛ لأنَّ له النَّظرَ فى حُقوقِ اللهِ سبحانه ، وإن كان يتعلَّقُ بحقِّ آدَمِىٍّ ، لم يَنْقُضْه إلَّا بمُطالبةِ صاحبِه ؛ لأنَّ الحاكمَ لا يَسْتَوْفِى حقًّا لمَن لا وِلايةَ عليه بغَيْرِ مُطالَبتِه ، فإن طلَبَ صاحبُه ذلك نَقَضَه . وإن كان القاضى قبلَه لا يصْلُحُ للقضاءِ ، نُقِضتْ قَضاياه المُخالفةُ للصَّوابِ كلُّها ، سواءٌ كانت ممَّا يَسُوغُ فيه الاجْتهادُ أو لا يَسُوغُ ؛ لأنَّ حُكْمَه غيرُ صحيحٍ ، وقضاؤُه كَلَا قَضاءٍ ، لعَدَمِ شَرْطِ القضاءِ فيه ، وليس فى نَقْضِ قضاياه نَقْضُ الاجْتهادِ بالاجْتهادِ ؛ لأنَّ الأوَّلَ ليس باجْتهادٍ ، ولا يَنْقُضُ ما وَافقَ الصَّوابَ ؛ لعَدَمِ الفائدةِ فى نَقْضِه ، فإنَّ الحقَّ وصلَ إلى مُسْتَحِقِّه . وقال أبو الخطَّابِ : يَنْقُضُ قضاياه كلَّها ؛ ما أخْطأَ فيه وما أصابَ . وهو مذهبُ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّ وُجودَ قَضائِه كعَدَمِه . ولا أعلمُ فيه فائدةً ، فإنَّ / الحقَّ لو وصلَ إلى مُسْتَحِقِّه بطريقِ القَهْرِ مِن غيرِ حُكْمٍ ، لم يُغَيَّرْ ذلك ، وكذلك إذا كان بقَضاءٍ وُجودُه كعَدَمِه ، واللهُ أعلمُ . ١١/١٥ظ

فصل : وحُكْمُ الحاكمِ لا يُزِيلُ الشَّىْءَ عن صِفَتِه ، فى قولِ جُمْهورِ العلماءِ ؛ منهم مالِكٌ ، والأوْزاعِىُّ ، والشَّافعِىُّ ، وأحمدُ ، وإسْحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وداودُ ، ومحمدُ بنُ الحسنِ . وقال أبو حنيفةَ : إذا حَكَمَ الحاكمُ[٢١] بعَقْدٍ أو فَسْخٍ أو طَلاقٍ ، نَفَذَ حُكْمُه ظاهِرًا وباطنًا ، فلو أنَّ رجلَيْن تعمَّدا الشَّهادةَ على رجلٍ أنَّه طلَّقَ امرأتَه ، فقبلَهما القاضى بظاهرِ عَدالَتِهما ، ففرَّقَ بين الزَّوْجَيْنِ ، لَجازَ لأحدِ الشَّاهدَيْنِ نِكاحُها بعدَ قضاءِ عِدَّتِها ، وهو عالم بتعمُّدِه الكذبَ ، ولو أنَّ رجلًا ادَّعَى نِكاحَ امرأةٍ ، وهو يعْلَمُ أنَّه كاذِبٌ ، وأقامَ شاهِدَىْ زُورٍ ، فحكمَ الحاكمُ ، حلَّتْ له بذلك ، وصارَتْ زَوْجتَه . قال ابنُ المنذرِ : وتفرَّدَ أبو حنيفةَ ، فقال : لو اسْتأجَرتِ امرأةٌ شاهِدَيْنِ ،

---

(٢١) سقط من : الأصل .

شَهِدَا لها بطلاقِ زَوْجِها، وهما يعْلَمانِ (٢٢ كَذِبَها وتَزْوِيرَها ٢٢)، فحكَمَ الحاكمُ بطَلاقِها، لحَلَّ لها أن تتزوَّجَ ، وحَلَّ لأحدِ الشَّاهِدَيْنِ نِكاحُها . واحْتَجَّ بما رُوِىَ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّ رجلًا ادَّعَى على امرأةٍ نِكاحَها ، فرفَعَها إلى علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فشَهِدَ له شاهدان بذلك ، فقَضَى بينهما بالزَّوْجِيَّةِ ، فقالت : واللهِ ما تَزَوَّجَنى يا أميرَ المؤمنين ، اعْقِدْ بَيْنَنا عَقْدًا حتى أحِلَّ له . فقال : شاهِدَاكِ زوَّجاكِ . فدلَّ على أنَّ النكاحَ ثبتَ بحُكْمِه . ولأنَّ اللِّعانَ ينْفسِخُ[٢٣] به النِّكاحُ وإن كان أحدُهما كاذبًا ، فالحُكْمُ أوْلَى .
ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ ، وإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَىَّ ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ يَكُونُ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ ، فَأَقْضِىَ لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَىْءٍ مِنْ حقِّ أَخِيهِ ، فَلَا يَأْخُذْ مِنْهُ شَيْئًا ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً /مِنَ النَّارِ » . مُتَّفَقٌ عليه[٢٤] . وهذا يَدْخُلُ فيه ما إذا ادَّعَى أنَّه اشْتَرَى منه شيئًا ، فحكَمَ له ، ولأنَّه حُكْمٌ بشهادةِ زُورٍ ، فلا يُحِلُّ له ما كان مُحرَّمًا عليه ، كالمالِ المُطْلَقِ . وأمَّا الخبرُ عن علىٍّ إن صحَّ ، فلا حُجَّةَ لهم فيه ؛ لأنَّه أضافَ التَّزويجَ إلى الشاهِدَيْنِ ، لا إلى حُكْمِه ، ولم يُجِبْها إلى التَّزْوِيجِ ؛ لأنَّ فيه طعنًا على الشُّهودِ . فأمَّا اللِّعانُ ، فإنَّما حصَلَتِ الفُرْقةُ به ، لا بصِدْقِ الزَّوْجِ ، ولهذا لو قامتِ البَيِّنَةُ به ، لم ينفسِخِ النِّكاحُ . إذا ثبتَ هذا ، فإذا شَهِدَ على امرأةٍ بنكاحٍ ، وحكَمَ به الحاكمُ ، ولم تكُنْ زَوْجَتُه ، فإنَّها لا تَحِلُّ له ، ويَلْزَمُها فى الظَّاهِرِ ، وعليها أن تَمْتَنِعَ ما أمْكنَها ، فإن أكْرَهَها عليه ، فالإِثْمُ عليه دُونَها ، وإن وطِئَها الرجلُ ، فقال أصْحابُنا ، وبعضُ الشَّافِعِيَّةِ : عليه الحَدُّ ؛ لأنَّه وَطِئَها وهو يعْلَمُ أنَّها أجْنَبِيَّةٌ . وقيل : لا حَدَّ عليه ؛ لأنَّه وَطْءٌ مُخْتَلَفٌ فى حِلِّه ، فيكونُ ذلك شُبْهَةً ، وليس لها أن تتزوَّجَ غيرَه . وقال أصْحابُ الشافعىِّ : تَحِلُّ لزَوْجٍ ثانٍ ، غيرَ أنَّها مَمْنُوعةٌ منه فى الحُكْمِ . وقال القاضى : يَصِحُّ النِّكاحُ . ولَنا ، أنَّ هذا يُفْضِى إلى الجمعِ بين الوَطْءِ للمرأةِ من اثْنَيْنِ ، أحدُهما يَطَؤُها بحُكْمِ الظَّاهِرِ ، والآخرِ بحُكْمِ الباطنِ . وهذا فسادٌ ، فلا يُشْرَعُ ،

١٦/١١ و

(٢٢ – ٢٢) فى النسخ : « كذبهما وتزويرهما » . والمثبت من : الشرح الكبير ٦/٢٠٧ .
(٢٣) فى الأصل : « يفسخ » .
(٢٤) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٣٢ .

ولأنَّها مَنْكوحةٌ لهذا الذى قامَتْ له البَيِّنَةُ ، فى قولِ بعضِ الأئمَّةِ ، فلم يجُزْ[25] تَزْويجُها لغيرِه ، كالمُتزَوِّجةِ بغيرِ وَلِىٍّ . وحكَى أبو الخطَّابِ ، عن أحمدَ ، رِوايةً أُخْرَى ، مثلَ مذهبِ أبى حنيفةَ ، فى أنَّ حُكْمَ الحاكمِ يُزِيلُ الفُسوخَ والعُقودَ . والأوَّلُ هو المذهبُ .

فصل : وإذا اسْتعدَى رجلٌ على رجلٍ إلى الحاكمِ ، ففيه روايتان ؛ إحْداهما ، أنَّه يَلْزَمُه أن يُعْدِيَه ، ويَسْتَدْعِىَ خَصْمَه ، سَواءٌ عَلِمَ بينهما مُعامَلةً أو لم يَعْلَمْ ، وسَواءٌ كان المُسْتَعْدِى ممَّن يُعامِلُ المُسْتَعْدَى عليه أو لا[26] يُعامِلُه ، كالفقيرِ يَدَّعِى على ذى ثَرْوةٍ وهَيْئةٍ . نَصَّ على هذا ، فى روايةِ / الأَثْرَمِ ، فى الرجلِ يَسْتَعْدِى ، على الحاكمِ ، أنَّه يُحْضِرُه ويَسْتَحْلِفُه . وهذا اخْتيارُ أبى بكرٍ ، ومذهبُ أبى حنيفةَ ، والشَّافعىِّ ؛ لأنَّ فى تَرْكِه تَضْيِيعًا للحقوقِ ، وإقْرارًا للظُّلْمِ ، فإنَّه قد ثَبَتَ له الحَقُّ على مَن هو أرْفَعُ منه بغَصْبٍ ، أو يَشْترِى منه شيئًا ولا يُوفِّيه ، أو يُودِعُه شيئًا ، أو يُعيرُه إيَّاه فلا[27] يَرُدُّه ، ولا تُعْلَمُ بينهما مُعاملةٌ ، فإذا لم يُعْدَ عليه ، سَقَطَ حَقُّه ، وهذا أعْظَمُ ضَرَرًا من حُضورِ مجلسِ الحاكمِ ، فإنَّه لا نَقِيصةَ فيه ، وقد حضَرَ عمرُ وأُبَىٌّ عند زيدٍ[27] ، وحضَرَ هو وآخَرُ عند شُرَيحٍ ، وحضَرَ علىٌّ عند شريحٍ[28] ، وحضَرَ المنصورُ عند رجلٍ من وَلَدِ طَلْحةَ بنِ عُبيدِ اللهِ . والرِّوايةُ الثانيةُ ، لا يَسْتَدْعِيه إلَّا أنْ يَعْلَمَ بينهما مُعامَلةً ، ويتبيَّنَ أنَّ لِمَا ادَّعاه أصْلًا . رُوِىَ ذلك عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وهو مذهبُ مالكٍ ؛ لأنَّ فى ادِّعائِه على كلِّ أحدٍ تَبْذِيلَ أهلِ المُروءاتِ ، وإهانةً لذَوِى الهَيْئاتِ ، فإنَّه لا يشاءُ أحدٌ أن يُبَذِّلَهم عند الحاكمِ إلَّا فعَلَ ، وربَّما فَعَلَ هذا مَن لا حَقَّ له ليفتَدِىَ المُدَّعَى عليه مِن حُضورِه وشَرِّ خَصْمِه بطائفةٍ من

١٦/١١ ظ

---

(٢٥) فى الأصل : « يجب » .

(٢٦) فى الأصل : « لم » .

(٢٧) فى الأصل : « فلم »

(٢٨) انظر ما أخرجه البيهقى ، فى : باب إنصاف الخصمين ... ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١٣٦/١٠ .

مالِه ، والأُولَى أوْلَى ؛ لأنَّ ضَرَرَ تَضْييعِ الحقِّ أعظمُ من هذا . وللمُسْتَعْدَى[29] عليه أن يُوَكِّلَ مَن يقومُ مَقامَه إن كرِهَ الحُضورَ . وإن كان المُسْتَعْدَى[29] عليه امرأةً نَظَرْتَ ؛ فإن كانتْ بَرْزَةً ، وهى التى تَبْرُزُ لقضاءِ حَوائجِها ، فحُكْمُها حُكْمُ الرجلِ . وإن كانتْ مُخَدَّرةً ، وهى التى لا تَبْرُزُ لقضاءِ حَوائجِها ، أُمِرَتْ بالتَّوْكيلِ . فإن تَوَجَّهتِ اليَمِينُ عليها ، بعثَ الحاكمُ أمِينًا معه شاهِدَان ، فيَسْتَحْلِفُها بحَضْرتِهما ، فإن أقرَّتْ ، شَهِدا عليها . وذكرَ القاضى أنَّ الحاكمَ يبْعَثُ مَن يَقْضِى بينَها وبينَ خَصْمِها فى دارِها . وهو مذهبُ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ قال : « وَاغْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى آمْرَأَةِ هَـٰذَا ، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَآرْجُمْهَا »[30] . فبعثَ إليها ولم يَسْتَدْعِها . وإذا حضَروا عندَها ، كان بينها وبينَهم سِتْرٌ تتكلَّمُ مِن وَرائه ، / فإنِ اعْتَرفتْ للمدَّعِى أنَّها خَصْمُه ، حَكَمَ بينهما ، وإن أنْكرَتْ ذلك ، جِيءَ بشاهِدَيْنِ من ذَوِى رَحِمِها ، يَشْهَدان أنَّها المُدَّعَى عليها ، ثم يُحْكَمُ بينهما ، فإن لم تكُنْ له بَيِّنَةٌ ، الْتَحَفتْ بجِلْبابِها ، وأُخرِجتْ مِن وراءِ السِّتْرِ لِموَضْعِ الحاجةِ . وما ذكَرْناه أوْلَى ، إن شاءَ اللهُ ؛ لأنَّه أسْتَرُ لها ، وإذا كانت خَفِرَةً ، منَعها الحَياءُ مِن النُّطْقِ بحُجَّتِها ، والتَّعْبيرِ عن نَفسِها ، سِيَّما مع جَهْلِها بالحُجَّةِ ، وقِلَّةِ مَعْرفتِها بالشَّرْعِ وحُجَجِه .

١٧/١١ و

فصل : ولا يخْلُو المُسْتَعْدَى عليه مِن أن يكونَ حاضرًا أو غائبًا ؛ فإن كان حاضرًا فى البلدِ أو قريبًا منه ، فإن شاءَ الحاكمُ بعَثَ مع المُسْتَعْدِى عَوْنًا يُحْضِرُ المُدَّعَى عليه ، وإن شاءَ بعثَ معه قِطْعةً من شَمْعٍ أو طِينٍ مَخْتُوما بخاتَمِه ، فإذا بعثَ معه خَتْمًا ، فعادَ فذكرَ أنَّه امْتَنعَ ، أو كسَرَ الخَتْمَ ، بعَثَ إليه عَوْنًا[31] ، فإن امْتنعَ ، أنْفَذَ صاحبَ الْمَعُونةِ فأحْضَرَه ، فإذا حضرَ وشهِدَ عليه شاهِدَانِ بالامْتِناعِ ، عزَّرَه إن رأى ذلك ، بحسَبِ ما يَراهُ ، تأْديبًا له ، إما بالكلامِ وكَشْفِ رأْسِه ، أو بالضَّرْبِ أو بالحَبْسِ ، فإن

---

(٢٩) فى م : « وللمستدعى » .
(٣٠) تقدم تخريجه ، فى : ٣١٣/١٢ .
(٣١) فى ب ، م : « عيونا » .

اخْتَبأ بعثَ الحاكمُ مَن يُنادِى على بابِه ثلاثًا أنَّه إن لم يحْضُرْ سَمَّرَ بابَه ، وَختمَ عليه ، ويَجْمَعُ أماثِلَ جيرانِه ويُشْهِدُهم على إعْذارِه ، فإن لم يحْضُرْ ، وسأَلَ المُدَّعِى أن يُسمِّرَ عليه منزلَه ، ويخْتِمَ عليه . وتَقرَّر عندَ الحاكِمِ أنَّ المنزلَ مَنزِلُه ، سَمَّرَه أو ختَمَه ، فإن لم يحْضُرْ ، بعَثَ الحاكمُ مَن يُنادِى على بابِه بحَضْرَةِ شاهِدَىْ عدلٍ ، أنَّه إن لم يحضُرْ مع فُلانٍ ، أقامَ عنه وكيلًا ، وحَكَمَ عليه ، فإن لم يحْضُرْ ، أقامَ عنه وكيلًا ، وسَمِعَ البيِّنةَ عليه ، وحكَمَ عليه كما يَحْكُمُ على الغائبِ ، وقضَى حَقَّه من مالِه إن وَجَدَ له مالًا . وهذا مذهبُ الشَّافعىِّ ، وأبى يوسفَ ، وأهلِ البصرةِ . حَكاه عنهم أحمدُ . وإن لم يَجِدْ له مالًا ، ولم تكُنْ للمدَّعِى بَيِّنَةٌ ، فكانَ أحمدُ يُنْكِرُ التَّهجُّمَ عليه ، ويُشْتَدُّ عليه حتى يَظْهَرَ . / ١١/١٧ظ وقال الشَّافعىُّ : إن عَلِمَ له مكانًا ، أمرَ بالهُجومِ عليه ، فيَبْعثُ خِصْيانًا أو غِلْمانًا لم يَبْلُغوا الحُلُمَ ، وثِقَاتٍ من النِّساءِ معهم ذَوُو عَدْلٍ من الرِّجالِ ، فيُدْخِلُ النِّساءَ والصِّبْيانَ ، فإذا حصَلوا فى صَحْنِ الدَّارِ دخلَ الرِّجالُ ، ويُؤْمَرُ الخِصْيانُ بالتَّفتيشِ ، ويَتَفَقَّدُ[٣٢] النِّساءُ النِّساءَ ، فإنْ[٣٣] ظفِروا به ، أخَذُوه فأحْضَروه . وإن اسْتَعْدَى على غائبٍ نَظَرْتَ ؛ فإن كان الغائبُ فى غيرِ ولايةِ القاضى ، لم يكُنْ له أنْ يُعْدَى عليه ، وله الحُكْمُ عليه ، على ما سنذْكرُه إن شاءَ اللهُ تعالى . وإن كان فى وِلايتِه ، وله فى بلدِه خَليفةٌ ، فإن كانتْ له بَيِّنةٌ ، ثَبتَ الحقُّ عندَه ، وكتبَ به إلى خَليفتِه ، ولم يُحْضِرْه ، وإن لم تكُنْ له بَيِّنةٌ حاضِرةٌ ، نَفَّذَه إلى خَصْمِه ليُخاصِمَه عند خَليفتِه ، وإن لم يكُنْ له[٣٤] فيه خليفةٌ ، وكان فيه مَن يَصْلُحُ للقضاءِ ، (٣٥أذِنَ له فى الحُكْمِ بينهما ، وإن لم يكُنْ فيه مَن يصْلُحُ للقضاءِ٣٥) ، قيل له : حَرِّرْ دَعْواكَ ؛ لأنَّه يجوزُ أن يكونَ ما يدَّعيه ليس بحَقٍّ عنده ، كالشُّفعةِ للجارِ ، وقيمةِ الكلبِ ، أو خَمْرِ الذمِّىِّ ، فلا يُكلِّفُه الحُضورَ لِمَا لا يُقْضَى عليه به ، مع المَشقَّةِ فيه ، بخلافِ الحاضرِ ، فإنَّه لا مَشَقَّةَ فى حُضورِه ، فإذا تحَرَّرتْ ، بعَثَ فأَحْضَرَ خصْمَه

---

(٣٢) فى الأصل : « ويتفقدون » .

(٣٣) فى الأصل : « فإذا » .

(٣٤) سقط من : الأصل .

(٣٥ - ٣٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

بَعُدَتِ المسافةُ أو قَرُبَتْ . وبهذا قال الشَّافعيُّ . وقال أبو يوسفَ : إن كان يُمْكنُه أن يحْضُرَ ويَعُودَ فيأْوِيَ إلى مَوْضِعِه ، أحْضَرَه ، وإلَّا لم يُحْضِرْهُ ، ويُوَجِّهُ[٣٦] مَن يحْكُمُ بينهما . وقيل : إن كانتِ المسافةُ دونَ مَسافةِ القَصْرِ ، أحْضَرَه ، وإلَّا فلا . ولَنا ، أنَّه لا بُدَّ من فَصْلِ الخُصومةِ بين المُتخاصِمَيْنِ ، فإذا لم يُمْكِنْ إلَّا بمَشقَّةٍ ، فعلَ ذلك ، كما لو امْتَنعَ مِن الحضورِ ، فإنَّه يُؤَدَّبُ ويُعَزَّرُ ، ولأنَّ إلْحاقَ المَشَقَّةِ به أوْلَى من إلْحاقِها بمَن يُنْفِذُه الحاكمُ ليَحْكمَ بينهما . وإن كانتِ امْرأةً بَرْزَةً ، لم يُشْتَرطْ في سَفَرِها هذا مَحْرَمٌ . نصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّه لِحَقِّ آدَمِيٍّ ، وحَقُّ الآدَمِيِّ مَبْنِيٌّ على الشُّحِّ والضِّيقِ .

١١/١٨و **فصل** : وإن اسْتَعْدَى على الحاكمِ المَعْزُولِ ، لم يُعْدِه حتى يَعْرِفَ ما يدَّعِيه ، / فيسْأَلَه عنه ، صيانةً للقاضي عن الامْتِهانِ . فإن ذكرَ أنَّه يدَّعي عليه حقًّا مِن دَينٍ أو غَصْبٍ ، أعْداه عليه[٣٧] ، وحكَمَ بينهما كغيرِ القاضي . وكذلك إن ادَّعَى أنَّه أخذَ منه رِشْوَةً على الحُكْمِ ؛ لأنَّ أخْذَ الرِّشوةِ عليه لا يجوزُ ، فهي كالغَصْبِ . وإن ادَّعَى عليه الجَوْرَ في الحُكْمِ ، وكان للمدَّعِي بَيِّنةٌ ، أحْضَرَه ، وحكم بالبَيِّنةِ ، وإن لم يكُنْ معه بَيِّنةٌ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يُحْضِرُه ؛ لأنَّ في إحْضارِه وسُؤالِه امْتهانًا له ؛ وأعداءُ القاضي كثير ، وإذا فعلَ هذا معه ، لم يُؤمَنْ ألَّا يَدْخُلَ في القضاءِ أحدٌ ، خَوْفًا من عاقِبَتِه . والثاني ، يُحْضِرُه ؛ لجوازِ أن يَعْتَرِفَ ، فإن حضرَ واعْتَرفَ ، حَكَمَ عليه ، وإن أنْكَرَ ، فالقولُ قولُه من غيرِ يَمِينٍ ؛ لأنَّ قولَ القاضي مَقْبولٌ بعدَ العَزْلِ ، كما يُقْبَلُ في وِلايَتِه . وإن ادَّعَى عليه[٣٨] أنَّه قتلَ ابنَه ظُلْمًا ، فهل يَسْتحْضِرُه من غيرِ بَيِّنةٍ ؟ فيه وَجْهان ، فإن أحْضَرَه ، فاعْتَرفَ ، حكَمَ عليه ، وإلَّا فالقولُ قولُه . وإن ادَّعى أنَّه أخرجَ عَيْنًا مِن يَدِه بغيرِ حَقٍّ ، فالقولُ قولُ الحاكمِ مِن غيرِ يَمِينٍ ، ويُقْبَلُ قولُه للمَحْكومِ له بها ، على ما سَنَذْكُره ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : وإن ادَّعَى على شاهِدَيْنِ أنَّهما شَهِدَا عليه زُورًا ، أحْضَرَهما ، فإن اعْتَرفا ، أغْرَمَهما ، وإن أنْكَرا ، وللمُدَّعِي بَيِّنةٌ على إقرارِهما بذلك ، فأقامَها ، لزِمَهما ذلك ، وإن

---

(٣٦) في م : « ويوجد » تحريف .

(٣٧) سقط من : ب ، م .

(٣٨) سقط من : ب .

أنكرَ لم يُسْتَحْلَفا ؛ لأنَّ إحْلافَهما يُطَرِّقُ[٣٩] عليهما الدَّعاوَى فى الشَّهادةِ والامْتهانَ ، ورُبَّما مَنَعَ ذلك إقامَةَ الشَّهادةِ . وهذا قولُ الشَّافعيِّ . ولا نَعْلَمُ فيه مُخالِفًا .

١٨٦٩ – مسألة ، قال : (**وَإِذَا شَهِدَ عِنْدَهُ مَنْ لَا يَعْرِفُهُ ، سَأَلَ عَنْهُ ، فَإِنْ عَدَّلَهُ اثْنَانِ ، قَبِلَ شَهَادَتَهُ**)

وجملتُه أنَّه إذا شَهِدَ عندَ الحاكمِ شاهدانِ ، فإنْ عَرَفَهما عَدْلَيْنِ ، حكمَ بشَهادتِهما ، وإنْ عَرَفَهما فاسِقَيْنِ ، لم يَقْبَلْ قَوْلَهما ، وإن لم يَعْرِفْهُما ، سأَلَ عنهما ؛ لأنَّ مَعْرِفَةَ العَدالةِ شَرْطٌ فى قَبُولِ / الشَّهادةِ بجميعِ الحُقوقِ . وبهذا قال الشَّافعيُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ . ١١/١٨ظ
وعن أحمدَ ، رِوايةٌ أُخْرَى : يَحْكُمُ بشَهادَتِهما إذا عَرَفَ إسْلامَهما ، بظاهرِ الحالِ ، إلَّا أنْ يقولَ الخَصْمُ : هما فاسِقان . وهذا قولُ الحسنِ . والمالُ والحَدُّ فى هذا سَواءٌ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ مِن المسلمين العَدالةُ ، ولهذا قال عمرُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : المُسلمون عُدُولٌ بَعْضُهم على بعضٍ[١] . ورُوِى ، أنَّ أعْرابيًّا جاءَ إلى النَّبِيِّ ﷺ ، فشَهِدَ برُؤْيَةِ الهلالِ ، فقال له[٢] النَّبِىُّ ﷺ : « أَتَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَـٰهَ إِلَّا اللهُ ؟ » . فقال : نعم . فقال : « أَتَشْهَدُ أَنِّى رَسُولُ اللهِ ؟ » . قال : نعم : فصامَ ، وأمرَ الناسَ بالصِّيامِ[٣] . ولأنَّ العَدالةَ أمرٌ خَفِىٌّ ، سَبَبُها الخوفُ من اللهِ تعالى ، ودَليلُ ذلك الإسلامُ ، فإذا وُجِدَ ، فلْيَكْتَفِ به ، ما لم يَقُمْ على خِلافِه دليلٌ . وقال أبو حنيفةَ فى الحُدودِ والقصاصِ كالرِّوايةِ الأُولَى ، وفى سائرِ الحقوقِ كالثانيةِ ؛ لأنَّ الحُدودَ والقِصاصَ ممَّا يُحْتاطُ لهما[٤] ، وتَنْدَرِئُ بالشُّبُهاتِ ، بخلافِ غيرِهما[٥] . ولَنا ، أنَّ العَدالةَ شَرْطٌ ، فوجبَ العلمُ بها ، كالإسلامِ ، و كما[٦] لو طَعَنَ الخَصْمُ فيهما . فأمَّا الأعْرابىُّ المسلمُ ، فإنَّه كان من أصحابِ رسولِ اللهِ ﷺ ، وقد ثَبَتَتْ عَدالتُهم بثَناءِ اللهِ

---

(٣٩) يطرِّق عليهما : يَجُرُّ عليهما .

(١) تقدم تخريجه ، فى : ١٩٣/١٣ .

(٢) سقط من : ب .

(٣) تقدم تخريجه ، فى : ٤١٧/٤ .

(٤) فى ب ، م : « لها » .

(٥) فى ب ، م : « غيرها » .

(٦) فى ب ، م : « أو كما » .

تعالى عليهم ، فإنَّ مَن تَرَكَ دِينَه فى زَمنِ رسولِ الله ﷺ ، إيثارًا لدينِ الإسلامِ ، وصَحِبَ[7] رسولَ الله ﷺ ، ثَبَتت عَدالته . وأمَّا قولُ عمرَ ، فالمُرادُ به أنَّ الظاهرَ العدالةُ ، ولا يَمْنَعُ ذلك فى وُجوبِ البَحْثِ ومَعْرفةِ حَقيقةِ العدالةِ ، فقد رُوِىَ عنه ، أنَّه أُتِىَ بشاهِدَيْنِ ، فقال لهما[8] : لَسْتُ أعْرِفُكما ، ولا يَضُرُّكما إن لم أعْرِفْكما ، جِيئا بمَن يَعْرِفُكما . فأتَيا برجلٍ ، فقال له عمرُ : تَعْرِفُهما ؟ فقال : نعم . فقال عمرُ : صحِبْتَهما فى السَّفرِ الذى تَبِينُ فيه جَواهرُ الناسِ ؟ قال : لا . قال : عامَلْتَهما فى الدَّنانيرِ والدَّراهِمِ التى تُقطَعُ فيهما[9] الرَّحِمُ ؟ قال : لا . قال : كنتَ جارَهما[10] تَعْرِفُ صَباحَهما ومَساءَهما ؟ قال : لا . قال : يا ابنَ أخى ، لستَ تَعْرِفُهما ، جِيئا بمَن يَعْرِفُكما[11] . / وهذا بحثٌ يدُلُّ على أنَّه لا يُكْتفَى بدُونِه . إذا ثبتَ هذا ، فإنَّ الشاهدَ يُعتبَرُ فيه أربعةُ شُروطٍ ؛ الإسلامُ ، والبُلوغُ ، والعقلُ ، والعَدالةُ ، وليس فيها ما يَخْفَى ويَحْتاجُ إلى البحثِ إلَّا العدالةُ ، فيَحتاجُ إلى البحثِ عنها ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾[12] . ولا نعلمُ أنَّه مَرْضِىٌّ حتى نَعْرِفَه ، أو نُخْبَرَ عنه ، فيَأمُرُ الحاكمُ بكَتْبِ أسمائِهم ، وكُناهم ، ونَسَبِهم ، ويَرْفَعُ[13] فيها بما يَتميَّزون به عن غيرِهم ، ويَكْتبُ صَنائعَهم ، ومَعائشَهم ، ومَوضعَ مَساكنِهم ، وصَلاتِهم ؛ ليَسْألَ عنهم[14] جيرانَهم ، وأهلَ سُوقِهم ، ومَسْجِدِهم ، ومَحَلَّتِهم ، ونِحْلَتِهم[15] ، فيَكتبُ : أسودُ أو أبيضُ ، أو أنْزَعُ أو أغَمُّ ، أو أشْهَلُ أو أكْحَلُ ، أقْنَى الأنفِ أو أفْطَسُ ، أو رَقيقُ الشَّفتَيْنِ أو غَليظُهما ، طويلٌ

١١/١٩و

(٧) فى م : « وصحبة » .

(٨) فى ب زيادة : « عمر » .

(٩) فى ب ، م : « فيها » .

(١٠) فى ب ، م : « جارا لهما » .

(١١) أخرجه البيهقى ، فى : باب من يرجع إليه فى السؤال يجب أن تكون معرفته باطنة متقادمة ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١٠/١٢٥ ، ١٢٦ . والعقيلى ، فى : الضعفاء الكبير ٣/٤٥٤ ، ٤٥٥ . وفيهما أنه شاهد واحد .

(١٢) سورة البقرة ٢٨٢ .

(١٣) فى ب ، م : « ويرفعون » .

(١٤) فى م : « عن » .

(١٥) لم يرد فى : الأصل .

أو قصيرٌ أو رَبْعَةٌ ، ونحو هذا ، ليَتميَّزَ ، ولا يقعُ اسمٌ على اسمٍ ، ويكْتُبُ اسمَ المَشْهودِ له والمشْهودِ عليه ، وقَدْرَ الحقِّ ، ويكتبُ ذلك كلَّه لأصحابِ مَسائِله ، لكلِّ واحدٍ رُقعةً .

وإنَّما ذكرْنا المشهودَ له ، لئلَّا يكونَ بينه وبين الشَّاهِدِ قَرابةٌ تَمْنعُ الشَّهادةَ ، أو شَرِكةٌ ، وذكرْنا اسمَ[١٦] المشْهودِ عليه ؛ ليُعْرَفَ لِئلا تكونَ بينَه وبين الشَّاهِدِ عَداوةٌ ، وذكرْنا قدرَ الحقِّ ؛ لأنَّه ربما كان ممَّن يَرَوْنَ قَبولَه فى اليَسيرِ دُون الكثيرِ ، فتَطِيبُ نفسُ المُزَكِّى به إذا كان يَسِيرًا ، ولا تَطِيبُ إذا كان كثيرًا . وينْبَغِى للقاضى أن يُخْفِىَ عن كلِّ واحدٍ مِن أصْحابِ مَسائِله ما يُعطِى الآخَرَ مِن الرِّقاعِ ؛ لئَلَّا يَتواطَئوا . وإن شاءَ الحاكمُ عيَّنَ لصاحبِ مَسائِله مَن يسأَلُه ممَّن يعْرِفُه ، مِن جوارِ الشَّاهِدِ ، وأهلِ الخِبْرةِ به ، وإن شاءَ أطلَقَ ، ولم يُعَيِّنِ المسئولَ ، ويكونُ السُّؤالُ سِرًّا ؛ لئلَّا يكونَ فيه هَتْكُ المسئولِ عنه ، وربما يخافُ المَسْئولُ[١٧] الشَّاهدَ ، أو[١٧] المشهودَ له ، أو المشهودَ عليه ، أنْ يُخْبِرَ بما عندَه ، أو يَسْتحِى . وينبغى أن يكونَ أصحابُ مَسائِله غيرَ مَعْروفِينَ[١٨] ؛ / لئلَّا يُقصَدوا بهَديَّةٍ أو رِشْوةٍ ، وأن يكونوا أصْحابَ عَفافٍ فى الطُّعْمَةِ والأنْفسِ ، ذَوِى عُقولٍ وافِرةٍ ، أبْرياءَ من [١٩] الشَّحناءِ والبُغضِ [١٩] ؛ لئلا يَطْعَنُوا فى الشُّهودِ ، أو يسأَلوا عن الشَّاهدِ عَدُوَّه فيَطْعَنَ فيه ، فيَضِيعَ حقُّ المشْهودِ له ، ولا يكونون[٢٠] مِن أهلِ الأهواءِ والعَصَبيَّةِ ، يَميلون إلى مَن وافَقَهم على مَن خالفَهم ، ويكونون أُمَناءَ ثِقَاتٍ ؛ لأنَّ هذا مَوضعُ أمانةٍ . فإذا رجَعَ أصحابُ مسائِله ، فأخبرَ اثنان بالعَدالةِ ، قَبِلَ شهادَتَه ، وإن أَخْبَرا بالجَرْحِ ، رَدَّ شهادَتَه ، وإن أخبرَ أحدُهما بالعدالةِ ، والآخرُ بالجَرْحِ ، بعثَ آخَرَيْنِ ، فإنْ عادَا فأَخْبَرا بالتَّعْديلِ ، تَمَّتْ بَيِّنَةُ التَّعْديلِ ، وسقطَ الجَرْحُ ؛ لأنَّ بَيِّنَتَه لم تتِمَّ ، وإن أخْبَرَا بالجَرْحِ ، ثَبتَ ورَدَّ الشَّهادةَ ، وإن أخبرَ أحدُهما بالجَرْحِ والآخرُ بالتَّعْديل ، تمَّتِ البيِّنَتانِ ، ويُقدِّمُ الجَرْحَ ، ولا يَقْبَلُ الجرحَ والتَّعْديلَ إلَّا مِن اثنيْن ، ويَقْبَلُ قولَ أصحابِ المسائِلِ . وقيل :

١٩/١١ ظ

---

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) فى ب ، م زيادة : « من » .

(١٨) فى ا ، ب ، م زيادة : « له » .

(١٩ – ١٩) فى ب : « الشحنة والبغضة » .

(٢٠) فى الأصل : « يكونوا » .

لا يَقْبَلُ إلَّا شهادةَ المَسْئولينَ ، ويكلِّفُ اثنَيْنِ منهم أن يَشْهدُوا بالتَّزْكِيَةِ والجَرْحِ عندَه ، على شُروطِ[21] الشَّهادةِ فى اللَّفْظِ وغيرِه ، ولا تُقْبلُ مِن صاحبِ المسْألةِ ؛ لأنَّ ذلك شهادةٌ على شهادةٍ ، مع حضُورِ شُهودِ الأصلِ . ووَجْهُ القولِ الأوَّل ، أنَّ شَهادةَ أصحابِ المسائلِ شهادةُ اسْتِفاضَةٍ ، لا شهادةٌ على شَهادةٍ ، فيُكْتَفَى بمَن يشْهَدُ بها ، كسائرِ شهاداتِ الاسْتِفاضةِ ؛ ولأنَّه مَوضِعُ حاجةٍ[22] ، فإنَّه لا[22] يَلزمُ المُزَكِّىَ الحضورُ للتَّزْكِيَةِ ، وليس للحاكمِ إجْبارُه عليها ، فصارَ كالمرضِ والغَيْبةِ فى سائرِ الشَّهاداتِ ، ولأنَّنا لو لم نَكْتفِ بشهادةِ أصحابِ المسائلِ ، لتعذَّرَتِ التَّزْكِيَةُ ؛ لأنَّه قد يتَّفِقُ أنْ لا يكونَ فى جيرانِ الشَّاهدِ مَن يَعْرِفُه الحاكمُ ، فلا يَقْبَلُ قولَه ، فيَفُوتُ التَّعْديلُ والجَرْحُ .

فصل : قال القاضى : ولابُدَّ مِن معرفةِ إسلامِ الشَّاهِدِ ، ويَحْصُلُ ذلك بأحدِ أربعةِ أُمورٍ ؛ أحدُها ، إخْبارُه /عن نفسِه أنَّه مسلمٌ ، أو إتْيانُه بكلمةِ الإسلامِ ، وهى شَهادةُ أنْ لا إلهَ إلَّا اللهُ ، وأنَّ محمدًا عبدُه ورسولُه ؛ لأنَّه لو لم يكنْ مسلمًا صارَ مُسلمًا بذلك . الثانى ، اعْترافُ المَشْهودِ عليه بإسْلامِه ؛ لأنَّ ذلك حَقٌّ عليه . الثالث ، خِبْرةُ الحاكمِ ؛ لأنَّنا اكْتفَيْنا بذلك فى عَدالتِه ، فكذلك فى إسْلامِه . الرابع ، بَيِّنَةٌ تقُومُ به . ولابُدَّ من معرفةِ الحُرِّيَّةِ فى مَوْضِعٍ تُعْتَبَرُ فيه ، ويَكْفِى فى ذلك أحدُ أُمورٍ ثلاثةٍ ؛ بَيِّنَةٌ ، أو اعْتِرَافُ المشْهودِ عليه ، أو خِبْرَةُ الحاكمِ . ولا يكْفِى اعْترافُ الشاهِدِ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ أن يصيرَ حُرًّا ، فلا يَمْلِكُ الإقْرارَ به ، بخِلافِ الإسْلامِ .

١١/٢٠و

فصل : وإذا شهِدَ عندَ الحاكمِ مجهولُ الحالِ ، فقال المشْهودُ عليه : هو عَدْلٌ . ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، يَلْزَمُ الحاكمَ الحكمُ بشهادتِه ؛ لأنَّ البحثَ عن عَدالتِه لِحَقِّ المشْهودِ عليه ، وقد اعْترفَ بها ، ولأنَّه إذا أقرَّ بعدالتِه ، فقد أقرَّ بما يُوجِبُ الحكمَ لِخَصْمِه عليه ، فيُؤْخَذُ بإقرارِه ، كسائرِ أقاريرِه . والثانى ، لا يجوزُ الحكمُ بشهادتِه ؛ لأنَّ فى الحُكْمِ بها تَعديلًا له ، فلا يَثْبتُ بقولِ واحِدٍ ، ولأنَّ اعْتبارَ العَدالةِ فى الشاهِدِ حَقٌّ للهِ تعالى ، ولهذا لو رَضِىَ الخَصْمُ أنْ[23] يُحْكَمَ عليه بقولِ فاسقٍ ، لم يَجُزْ الحكمُ به ، ولأنَّه لا يَخْلُو ؛ إمَّا أن

---

(٢١) فى ب : « شرط » .

(٢٢ – ٢٢) فى م : « فلا » .

(٢٣) فى ب ، م : « بأن » .

يحْكُمَ عليه مع تَعْدِيلِه ، أو مع انْتِفائِه ، لا يجوزُ أن يُقال مع تَعْديلِه ؛ [24]لأنَّ التَّعْديلَ لا يَثْبُتُ بقولِ الواحِدِ ، ولا يجوزُ مع انْتفاءِ تَعْديلِه[24] ؛ لأنَّ الحكْمَ بشَهادةِ غيرِ العَدْلِ غيرُ جائزٍ ، بدليلِ شَهادةِ مَن ظَهَرَ فِسْقُه . ومذهبُ الشَّافعيِّ مثلُ هذا ، فإن قُلْنا بالأوَّلِ ، فلا يَثْبُتُ تَعْدِيلُه فى حقِّ غيرِ المشْهودِ عليه ؛ لأنَّه لم تُوجَدْ بَيِّنَةُ التَّعْديلِ ، وإنَّما حُكِمَ عليه لإقْرارِه بوُجودِ شَرْطِ[25] الحُكْمِ ، وإقْرارُه يَثْبُتُ فى حقِّه دُونَ غيرِه ، كما لو أقرَّ بحقٍّ عليه وعلى غيرِه ، ثَبَتَ فى حَقِّه دُونَ غيرِه .

١٨٧٠ ـ مسألة ، قال : (**وَإِنْ عَدَّلَهُ اثْنَانِ ، وَجَرَّحَهُ اثْنَانِ ، فالْجَرْحَةُ[1] أَوْلَى**)

وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشَّافعيُّ . وقال مالكٌ : يُنْظَرُ أيُّهما أعْدَلُ ؟ اللَّذان جَرَّحاه ، أو اللَّذان عَدَّلاه ؟ فيُؤْخَذُ بقولِ أعْدَلِهما . ولَنا ، /أنَّ الجارحَ معه زِيادةُ عِلْمٍ خَفِيَتْ على المُعدِّلِ ، فوجبَ تَقْدِيمُه ؛ لأنَّ التَّعْديلَ يتضمَّنُ تَرْكَ الرِّيَبِ والْمَحارِمِ ، والجارِحُ مُثْبِتٌ لوُجودِ ذلك ، والإثْباتُ مُقدَّمٌ على النَّفْى ، ولأنَّ الجارِحَ يقول : رأيتُه يفْعَلُ كذا . والمُعدِّلُ مُسْتَنَدُه أنَّه لم يَرَه يفْعَلُ ، ويُمْكِنُ صِدْقُهما ، والجمعُ بين قولَيْهما بأنْ يَراهُ الجارحُ يفْعَلُ المَعْصِيَةَ ، ولا يَراهُ المُعدِّلُ ، فيكونُ مَجْروحًا .

11/20 ظ

فصل : ولا يُقْبَلُ الجَرْحُ والتَّعديلُ إلَّا مِن اثْنينِ . وبهذا قال مالكٌ ، والشَّافعيُّ ، ومحمدُ ابنُ الحسنِ ، وابنُ المُنْذِرِ . ورُوِىَ عن أحمدَ : يُقْبَلُ ذلك من واحِدٍ . وهو اختيارُ أبى بكرٍ ، وقولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه خَبَرٌ لا يُعْتَبَرُ فيه لفظُ الشَّهادةِ ، فقُبِلَ مِن واحِدٍ ، كالرِّوايةِ . ولَنا ، أنَّه إثْباتُ صِفَةٍ مَن يَبْنِى الحاكمُ حُكْمَه على صِفَتِه ، فاعْتُبِرَ فيه العَدَدُ ، كالحَضانَةِ ، وفارَقَ الرِّوايةَ ؛ فإنَّها على المُساهَلَةِ ، ولا نُسلِّمُ أنَّها لا تَفتقِرُ إلى لفظِ الشهادةِ ، ويُعْتَبَرُ فى التَّعْديلِ والجَرْحِ لفظُ الشَّهادةِ ، فيقولُ فى التَّعْديلِ : أشْهَدُ أنَّه عَدْلٌ . ويَكْفِى هذا . وإن لم يقُلْ : علىَّ ولِى . وهذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ ، وبه يقول شُرَيْحٌ ، وأهلُ العراقِ ، ومالكٌ ، وبعضُ

(24 – 24) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(25) فى م : « شروط » .

(1) فى م : « فالجراحة » .

الشَّافعيَّةِ . وقال أكثرُهم : لا يَكْفِيه إلَّا أن يقولَ : عَدْلٌ علَيَّ ولِي . واخْتلَفُوا في تَعْليله ، فقال بعضُهم : لئلَّا تكونَ بينهما عَداوةٌ أو قَرابةٌ . وقال بعضُهم : لئلا يكونَ عَدْلًا في شيءٍ دون شيءٍ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِنكُمْ ﴾[2] فإذا شَهِدَا أنَّه عَدْلٌ ، ثَبتَ ذلك بشَهادتِهما ، فيَدْخلُ ذلك في عُمومِ الأمرِ ، ولأنَّه[3] إذا كان عَدْلًا ، لزِمَ أن يكونَ له وعليه ، وفي حقِّ سائرِ الناس ، وفي كلِّ شيءٍ ، فلا يَحْتاجُ إلى ذِكْرِه . ولا يصِحُّ ما ذكروه ؛ فإنَّ الإنسانَ لا يكونُ عَدْلًا في شيءٍ دُونَ شيءٍ ، ولا في حَقِّ شَخْصٍ [4] دون شَخْصٍ [4] ، فإنَّها لا تُوصَفُ بهذا ، ولا تَنْتَفِي أيضا بقولِه :[5] علَيَّ ولِي . فإنَّ مَن / ثبتَتْ[6] عَدالتُه ، لم تَزُلْ بقَرابةٍ ولا عَداوةٍ ، وإنَّما تُرَدُّ شهادتُه للتُّهْمَةِ مع كَوْنِه عَدْلًا ، ثم إنَّ هذا إذا كان معلومًا انْتِفاؤُه بينهما ، لم يَحْتَجْ إلى ذِكْرِه ولا نَفْيِه عن نفسِه ، كما لو شهِدَ بالحَقِّ مَن عَرَفَ الحاكمُ عَدالتَه ، لم يَحْتَجْ إلى أن يَنْفِيَ عن نفسِه ذلك ، ولأنَّ العَداوةَ لا تَمْنَعُ من شَهادتِه له بالتَّزْكِيَةِ ، وإنَّما تَمْنَعُ الشهادةَ عليه ، وهذا شاهدٌ له بالتَّزْكِيَةِ والعَدالةِ ، فلا حاجةَ به إلى نَفْيِ العَداوةِ .

21/11 و

فصل : ولا يَكْفِي أن يقولَ : لا أعْلَمُ منه إلَّا الخَيْرَ . وهذا مذهبُ الشَّافعيِّ . وقال أبو يوسفَ : يَكْفِي ؛ لأنَّه إذا كانَ من أهلِ الخِبْرَةِ به[7] ، ولا يَعْلَمُ إلَّا الخيرَ ، فهو عَدْلٌ . ولَنا ، أنَّه لم يُصَرِّحْ بالتَّعْديلِ ، فلم يكُنْ تَعْديلًا ، كما لو قال : أعْلَمُ منه خيرًا . وما ذكَرُوه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الجاهلَ بحالِ أهلِ الفِسْقِ ، لا يَعْلَمُ منهم إلَّا الخيرَ ، لأنَّه يعلمُ إسْلامَهم ، وهو خيرٌ ، ولا يعلمُ منهم غيرَ ذلك ، وهم [4] غيرُ عُدولٍ [4] .

فصل : قال أصحابُنا : لا يُقْبَلُ التَّعديلُ إلَّا مِن أهلِ الخِبْرَةِ الباطِنَةِ ، والمعرفةِ

---

(2) سورة الطلاق 2 .

(3) سقطت الواو من : ا ، م .

(4 - 4) سقط من : الأصل .

(5) في م زيادة : « عدل » .

(6) في الأصل : « تثبت » .

(7) سقط من : الأصل .

المُتقادِمَةِ . وهذا مذهبُ الشَّافعيِّ ؛ لخبَرِ عمرَ الذى قدَّمْناه[٨] ، ولأنَّ عادةَ الناسِ إظْهارُ الطَّاعاتِ[٩] وإسْرارُ المَعاصِى ، فإذا لم يكُنْ ذا خِبْرةٍ باطنةٍ ، فربَّما اغتَرَّ[١٠] بحُسْنِ ظاهرِه ، وهو فاسقٌ فى الباطنِ . وهذا يَحْتَمِلُ أن يُرِيدُوا به أنَّ الحاكمَ إذا علِمَ أنَّ المُعدِّلَ لا خِبْرَةَ له ، لم يَقْبلْ شهادتَه بالتَّعْديلِ ، كما فعل عمرُ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، ويَحْتَمِلُ أنَّهم أرادوا أنَّه لا يجوزُ للمُعَدِّلِ الشَّهادةُ بالعَدالةِ ، إلَّا أن تكونَ له خِبْرةٌ باطِنَةٌ . فأمَّا الحاكمُ إذا شهِدَ عنده العَدْلُ بالتَّعْديلِ ، ولم يَعرِفْ حقيقةَ الحالِ ، فله أن يَقْبَلَ الشَّهادةَ مِن غيرِ كَشْفٍ ، وإن اسْتَكْشَفَ الحالَ ، كما فعلَ عمرُ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فلا بَأْسَ .

فصل : ولا يُسْمَعُ الجَرْحُ إلَّا مُفسَّرًا ، ويُعْتَبرُ فيه اللفظُ فيقولُ : أشْهَدُ أنِّى رأيتُه يشْرَبُ الخمرَ / ، أو يُعامِلُ بالرِّبا ، أو يَظْلِمُ الناسَ بأخْذِ أموالِهم أو ضَرْبِهم ، أو سمِعتُه يَقْذِفُ . أو يُعْلَمُ ذلك باسْتِفاضتِه[١١] فى الناسِ . ولابدَّ مِن ذِكْرِ السَّبَبِ وتَعْيِينِه . وبهذا قال الشافعيُّ ، وسَوَّارٌ . وقال أبو حنيفةَ : يُقْبَلُ الجَرْحُ المُطْلَقُ ، وهو أن يَشْهَدَ أنَّه فاسقٌ ، أو أنَّه ليس بِعَدْلٍ . وعن أحمدَ مثلُه ؛ لأنَّ التَّعديلَ يُسْمَعُ مُطْلَقًا ؛ فكذلك الجَرْحُ ، ولأنَّ التَّصْريحَ بالسَّبَبِ يجْعَلُ الجارحَ فاسِقًا ، ويُوجِبُ عليه الحَدَّ فى بعضِ الحالاتِ ، وهو أن يَشْهَدَ عليه بالزِّنَى ، فيُفْضِى الجَرْحُ إلى جَرْحِ الجارِحِ ، وتَبْطِيلِ شَهادتِه ، ولا يَتجرَّحُ بها المَجْروحُ . ولَنا ، أنَّ الناسَ يَختلِفون فى أسبابِ الجَرْحِ ، كاخْتلافِهم فى شاربِ النَّبيذِ ، فوجبَ أن لا يُقْبَلَ مُجرَّدُ الجَرْحِ ، لئلَّا يجْرَحَه بما لا يراه القاضى جَرْحًا ؛ ولأنَّ الجَرْحَ ينْقُلُ عن الأصلِ ، فإنَّ الأصلَ فى المسلمين العَدالةُ ، والجرحُ يَنْقُلُ عنها ، فلابُدَّ أن يُعْرَفَ النَّاقلُ ، لئلَّا يُعْتقَدَ نَقْلُه بما لا يَراه الحاكمُ ناقِلًا . وقولُهم : إنَّه يُفْضِى إلى جَرْحِ الجارِحِ ، وإيجابِ الحَدِّ عليه . قُلْنَا : ليس كذلك ؛ لأنَّه يُمْكِنُه التَّعْرِيضُ مِن غيرِ تَصْرِيحٍ . فإن قيل : ففى بَيانِ السَّبَبِ هَتْكُ المَجْروحِ . قُلْنا : لابُدَّ من هَتْكِه ؛ فإنَّ الشهادةَ عليه بالفِسْقِ

٢١/١١ ظ

---

(٨) تقدم تخريجه ، فى صفحة ٤٤ .

(٩) فى م : « الصالحات » .

(١٠) فى ب : « اعتبر » .

(١١) فى الأصل : « باستفاضة » .

هَتْكٌ له . ولكن جاز ذلك لِلْحاجةِ الدّاعِيَةِ إليه ، كما جازت الشَّهادةُ عليه به[12] لإقامةِ الحَدِّ عليه ، بل هٰهُنا أَوْلَى ؛ فإنَّ فيه دَفْعَ الظُّلْمِ عن المشْهودِ عليه ، وهو حقٌّ آدَمِيٌّ ، فكان أَوْلَى بالجوازِ ، ولأنَّ هَتْكَ عِرْضِه بسببِه ، لأنَّه تَعرَّضَ للشهادةِ مع ارْتكابِه ما يُوجِبُ جَرْحَه ، فكان هو الهاتِكَ لنفسِه ، إذْ كان فِعْلُه هو المُحْوِجَ للناسِ إلى جَرْحِه . فإن صَرَّحَ الجارِحُ بقَذْفِه بالزِّنَى ، فعليه الحَدُّ إن لم يأْتِ بتَمامِ أربعةِ شُهَداءَ . وبهذا قال أبو حنيفة .

٢٢/١١ و وقال الشّافعيُّ : لا حَدَّ عليه إذا كان بلفظِ الشهادةِ ؛ لأنَّه لم يقصدْ إدْخالَ / المَعَرَّةِ عليه[13] . ولَنا ، قولُ الله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً ﴾[14] . الآية . ولأنَّ أبا بَكْرَةَ ورَفِيقَيْه شهِدوا على المُغيرةِ بالزِّنَى ، ولم يُكْمِلْ زيادٌ شَهادتَه ، فجلدَهم عمرُ حَدَّ القَذْفِ بمَحْضَرِ الصَّحابةِ ، فلم يُنْكِرْهُ مُنْكِرٌ ، فكان إجْماعًا[15] . ويبطُلُ ما ذكَرُوه بما إذا شَهِدُوا عليه بإقامةِ[16] الحدِّ عليه .

فصل : وإذا أقامَ المُدَّعَى عليه بَيِّنَةً ، أنَّ هذيْنِ الشاهدَيْن شَهِدا بهذا الحقِّ عندَ حاكِمٍ ، فرَدَّ شهادتَهما لفِسْقِهما ، بَطَلَتْ شَهادتُهما ؛ لأنَّ الشَّهادةَ إذا رُدَّتْ لِفسْقٍ ، لم تُقبلْ مَرَّةً ثانيةً .

فصل : ولا يُقبلُ الجَرْحُ والتَّعْديلُ من النساءِ . وقال أبو حنيفةَ : يُقْبَلُ .[17] وعن أحمدَ مِثْلُه[17] ؛ لأنَّه لا يُعْتَبَرُ فيه لفظُ الشَّهادةِ ، فأشْبَهَ الرِّوايةَ ، وأخْبارَ الدِّياتِ . ولَنا ، أنَّها شهادةٌ فيما ليس بمالٍ ، ولا المقصودُ منه المالُ ، ويطَّلِعُ عليه الرجالُ فى غالبِ الأحْوالِ ، فأشْبَهَ الشَّهادةَ فى القِصاصِ . وما ذكرُوه غيرُ مُسَلَّمٍ .

فصل : ولا يُقْبَلُ الجَرْحُ من الخَصْمِ . بلا خلافٍ بين العلماءِ . فلو قال المشْهودُ عليه : هذان فاسِقانِ ، أو عَدُوَّان لى ، أو آباءٌ للمشْهودِ له . لم يُقْبَلْ قَوْلُه ؛ لأنَّه متَّهمٌ فى قولِه ،

---

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) سورة النور ٤ .

(١٥) تقدم تخريجه ، فى : ١٨٤/١١ .

(١٦) فى ب ، م : « لإقامة » .

(١٧ – ١٧) سقط من : ب ، م .

ويَشْهدُ بما يَجُرُّ إليه نَفْعًا ، فأشْبَهَ الشَّهادةَ لنفسِه ، ولو قبلْنا قولَه ، لم يَشأْ أحدٌ أن يُبْطِلَ شَهادةَ مَن شهِدَ عليه إلَّا أبْطلَها ، فتَضِيعَ الحقوقُ ، وتذْهَبَ حكْمةُ شَرْعِ البيِّنةِ .

فصل : ولا تُقْبلُ شهادةُ المُتوَسِّمِينَ ، وذلك إذا حضرَ مُسافِران ، فشهِدَا عندَ حاكِمٍ لا يَعْرِفُهما ، لم تُقْبَلْ شهادتُهما . وقال مالكٌ : يَقْبلُهما إذا رأى فيهما سِيما الخَيْرِ ؛ لأنَّه لا سبيلَ إلى معرفةِ عَدالتِهما ، ففى التَّوقُّفِ[18] عن قبولِهما تَضْييعُ الحُقوقِ ، فوجبَ الرُّجوعُ فيهما إلى السِّيماءِ الجميلةِ . ولَنا ، أنَّ عَدالتَهما مجهولةٌ ، فلم يَجُزِ / الحكمُ بشهادتِهما ، كشاهِدَيِ الحَضَرِ . وما ذكَره[19] مُعارَضٌ بأنَّ قَبُولَ شهادتِهما يُفْضِى إلى أنْ يُقضَى بشهادتِهما بدَفْعِ الحقِّ إلى غيرِ مُسْتحِقِّه .

١١/٢٢ظ

فصل : قال أحمدُ : يَنْبغِى للقاضِى أن يسْألَ عن شُهودِه كلَّ قليلٍ ؛ لأنَّ الرجلَ يَنْتقِلُ مِن حالٍ إلى حالٍ . وهل هذا مُستحَبٌّ أو واجِبٌ ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، مُستحَبٌّ ؛ لأنَّ الأصلَ بقاءُ ما كان ، فلا يزُولُ حتى يَثْبُتَ الجَرْحُ . والثانى ، يجبُ البَحْثُ كلَّما مضَتْ مُدَّةٌ يتغيَّرُ الحالُ فيها ؛ لأنَّ العَيْبَ يحْدُثُ ، وذلك على ما يَراهُ الحاكمُ . ولأصحابِ الشَّافعىِّ وَجْهان ، مثل هٰذَيْن .

فصل : وليس للحاكِمِ أن يُرَتِّبَ شُهودًا لا يَقْبَلُ غيرَهم ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ . ولأنَّ فيه إضْرارًا بالناسِ ؛ لأنَّ كثيرًا مِن الوَقائعِ التى يُحْتاجُ إلى البيِّنةِ فيها تَقعُ عندَ غيرِ المُرَتَّبِينَ ، فمتى ادَّعَى إنسانٌ شهادةَ غيرِ المُرتَّبِينَ ، وَجَبَ على الحاكِمِ سَماعُ بَيِّنتِه ، والنَّظَرُ فى عَدالةِ شاهِدَيْه ، ولا يجوزُ رَدُّهم بكونِهم مِن غيرِ المُرتَّبِين ؛ لأنَّ ذلك يُخالِفُ الكتابَ والسُّنَّةَ والإجماعَ ، لكنْ له أن يُرتِّبَ شُهودًا يُشْهِدُهم الناسُ ، فيَسْتغْنون بإشْهادِهم عن تَعْديلِهم ، ويَسْتَغْنِى الحاكمُ عن الكَشْفِ عن أحْوالِهم ، فيكونُ فيه تخْفيفٌ من وَجْهٍ ، ويكونون أيضًا يُزَكُّون مَن عَرَفوا عَدالتَه مِن غيرِهم إذا شهِدَ .

فصل : ولا بأْسَ أن يَعِظَ الشاهِدَيْن ، كما رُوِىَ عن شُرَيحٍ ، أنَّه كان يقولُ للشَّاهِدَيْن إذا

---

(١٨) فى ب : « التوقيف » .

(١٩) فى الأصل ، م : « ذكروه » .

حضَرا : يا هٰذان ، ألا تريَانِ ؟ إنى لم أدْعُكما ، ولستُ أمْنعُكما أن ترْجعا ، وإنَّما يَقْضِى على هذا أنْتما ، وأنا مُتَّقٍ[20] بكما ، فاتَّقِيَا . وفى لفظٍ : وإنِّى بكما أقْضِى اليومَ ، وبكما أتَّقِى يومَ الْقِيامةِ[21] . وروَى أبو حنيفةَ ، قال : كنتُ عند مُحارِب بنِ دِثَارٍ[22] ، وهو قاضى / الكوفةِ ، فجاءَ رجلٌ ، فادَّعَى[23] على رجلٍ حقًّا ، فأنْكَره ، فأحْضَرَ المُدَّعِى شاهِدَيْن ، فشَهِدَا له ، فقال المشْهودُ عليه : والذى به تقُومُ السَّماءُ والأرضُ لقد كذَبا علىَّ فى الشَّهادةِ . وكان مُحارِبُ بنُ دِثارٍ مُتَّكِئًا فاسْتوَى جالسًا ، وقال : سمعتُ ابنَ عمرَ يقولُ : سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقولُ : « إنَّ الطَّيْرَ لَتَخْفِقُ بِأَجْنِحَتِهَا ، وَتَرْمِى مَا فِى حَوَاصِلِهَا[24] ، مِنْ هَوْلِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ ، وَإِنَّ شَاهِدَ الزُّورِ لَا تَزُولُ قَدَمَاهُ حَتَّى يَتَبَوَّأَ مَقْعَدَهُ مِنَ[25] النَّارِ »[26] . فإنْ صدَقْتُما فاثْبُتا ، وإنْ كذَبْتما فغطِّيا رُءوسَكما وانْصرِفا . فغطَّيَا رُءوسَهما وانْصرَفا[27] .

٢٣/١١ و

١٨٧١ – مسألة ، قال : (وَيَكُونُ كَاتِبُهُ عَدْلًا ، وكَذلِكَ قَاسِمُهُ)

وجملتُه أنَّه يُسْتحَبُّ للحاكمِ أنْ يتَّخذَ كاتبًا ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ استكتبَ زيدَ بنَ ثابتٍ ، وغيرَه ، ولأنَّ الحاكمَ تكثُرُ أشْغالُه ونَظَرُه ، فلا يُمْكِنُه أن يَتولَّى الكتابةَ بنَفْسِه ، وإن أمْكنَه تَوَلِّى الكتابةِ بنفسِه ، جازَ ، والاسْتِنابةُ فيه أوْلَى . ولا يجوزُ أن يَسْتَنِيبَ فى ذلك إلَّا عَدْلًا ؛

---

(٢٠) فى م : « معتق » .

(٢١) انظر أخبار القضاة ٢/٢٥٤ ، ٢٥٥ ، ٢٩١ ، ٢٩٦ ، ٢٩٩ ، ٣١٦ ، ٣٦٣ ، ٣٩٢ .

(٢٢) محارب بن دثار بن كردوس السدوسى ، كان ثقة حجة ، توفى سنة ست عشرة ومائة . سير أعلام النبلاء ٥/٢١٧–٢١٩ .

(٢٣) فى ب : « وادعى » .

(٢٤) فى م : « حوصلتها » .

(٢٥) فى ب : « فى » .

(٢٦) أخرج حديث : « إن الطير لتخفق ... » . البيهقى ، فى : باب وعظ القاضى الشهود ... ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١٠/١٢٢ . وأخرج حديث : « إن شاهد الزور ... » . ابن ماجه ، فى : باب شهادة الزور ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٤ . والحاكم ، فى : باب ظهور شهادة الزور من أشراط الساعة . من كتاب الأحكام . المستدرك ٤/٩٨ . والبيهقى ، فى الموضع السابق . والعقيلى ، فى : الضعفاء الكبير ٤/١٢٣ .

(٢٧) ذكر الذهبى القصة ، عن عبد الملك بن عمير ، وليس عن أبى حنيفة . سير أعلام النبلاء ٥/٢١٨ .

لأنَّ الكتابةَ موضعُ أمانةٍ . ويُستحَبُّ أن يكونَ فقيهًا ؛ ليعرفَ مواقعَ الألْفاظِ التى تتعلقُ بها الأحْكامُ ، ويُفرِّقَ بينَ الجائزِ والواجبِ ، وينْبَغِى أن يكونَ وافرَ العقلِ ، ورِعًا ، نَزِهًا ؛ لئلَّا يُسْتَمالَ بالطَّمعِ ، ويكونَ مسلمًا ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَتَّخِذُواْ بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا ﴾[1] . ويُرْوَى أنَّ أبا موسى قدِمَ على عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، ومعه كاتبٌ نَصْرانِىٌّ ، فأحْضَرَ أبو موسى شيئًا من مَكْتوباتِه عندَ عمرَ ، فاستحسنَه ، وقال : قُلْ لكاتبِك يَجِىءُ ، فيقرأُ كتابَه . قال : إنَّه لا يَدْخُلُ المسجدَ . قال : ولِمَ ؟ . قال : إنَّه نَصْرانىٌّ . فانْتهرَه عمرُ ، وقال : لا تَأتمِنُوهم وقد خَوَّنَهم اللهُ تعالى ، ولا تُقرِّبوهم وقد أبعدَهم اللهُ تعالى ، ولا تُعِزُّوهم وقد أذَلَّهم اللهُ تعالى[2] . ولأنَّ الإسلامَ مِن شُروطِ[3] العدالةِ / ، والعدالةُ شَرْطٌ . وقال أصْحابُ الشافعىِّ : فى اشْتراطِ عَدالتِه وإسلامِه وَجْهان ؛ أحدهما ، تُشْتَرَطُ ؛ لما ذكَرْنا . والثانى ، لا تُشْتَرطُ ؛ لأنَّ ما يكْتبُه لا بُدَّ من وُقوفِ القاضى عليه ، فتُؤْمَنُ الخيانةُ فيه . ويُسْتحَبُّ أن يكونَ جَيِّدَ الخطِّ ؛ لأنَّه أكْملُ . وأن يكونَ حُرًّا ؛ ليخْرُجَ[4] من الخلافِ . وإن كان عبدًا ، جازَ ؛ لأنَّ شهادةَ العبدِ جائزةٌ . ويكونُ القاسِمُ على الصِّفةِ التى ذكَرْنا فى الكاتبِ ، ولا بُدَّ من كونِه حاسبًا ؛ لأنَّه عَمَلُه ، وبه يَقْسِمُ ، فهو كالخطِّ للكاتبِ والفقْهِ للحاكِمِ . ويُسْتحَبُّ للحاكِمِ أن يُجْلِسَ كاتبَه بين يديْه ؛ ليُشاهِدَ ما يَكْتُبُه ، ويُشافهَه بما يُمْلِى عليه ، وإن جلَس[5] ناحيةً ، جازَ ؛ لأنَّ المقْصودَ يحْصُلُ ، فإنَّ ما يَكتبُه يُعْرَضُ على الحاكِمِ ، فيَسْتَبْرِئُه .

١١/٢٣ظ

فصل : وإذا ترافعَ[6] إلى الحاكِمِ خصمان ، فأقرَّ أحدُهما لصاحبِه ، فقال المُقَرُّ له للحاكِمِ : أشْهِدْ لى على إقرارِه شاهِدَيْن . لَزِمَه ذلك ؛ لأنَّ الحاكمَ لا يحْكُمُ بعِلْمِه ، فربَّما جحَدَ المُقِرُّ ، فلا يُمْكِنُه الحكمُ عليه بعِلْمِه[7] ، ولو كانَ يحكمُ بعِلْمِه احْتَمَلَ أن يَنْسَى ،

(١) سورة آل عمران ١١٨ .

(٢) تقدم تخريجه ، فى : ٢٤٦/١٣ .

(٣) فى الأصل : « شرط » .

(٤) فى الأصل ، م : « يخرج » .

(٥) فى ب ، م : « قعد » .

(٦) فى ب : « رفع » .

(٧) سقط من : ب .

فإنَّ الإنسانَ عُرْضةُ النِّسيانِ ، فلا يُمْكِنُه الحكمُ بإقرارِه . وإن ثبتَ عندَه حقٌّ بنُكولِ المُدَّعَى عليه ، أو بيَمِينِ المُدَّعِي بعدَ النُّكولِ ، فسألَه المُدَّعِي أن يُشْهِدَ على نفسِه ، لزِمَه ؛ لأنَّه لا حُجَّةَ للمُدَّعِي سِوَى الإشْهادِ ، وإن ثبتَتْ عندَه بَيِّنَةٌ فسألَه الإشْهادَ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا يَلْزَمُه ؛ لأنَّ بالحقِّ بَيِّنَةً ، فلا يجبُ جَعْلُ بَيِّنَةٍ أُخْرَى . والثانى ، يجبُ ؛ لأنَّ فى الإشْهادِ[8] فائدةً جديدةً ، وهى إثْباتُ تَعْدِيلِ بيِّنَتِه ، وإلزامُ خَصْمِه . وإن حلفَ المُنْكِرُ ، وسألَ الحاكمَ الإشهادَ على بَراءَتِه ، لَزِمَه ؛ ليكونَ حُجَّةً له فى سُقوطِ المُطالَبةِ مَرَّةً أُخْرَى ، وفى جميعِ ذلك ، إذا سألَه / أنْ يَكْتُبَ له مَحْضرًا بما جَرَى ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَلْزَمُه ذلك ؛ لأنَّه وَثِيقةٌ له ، فهو كالإشْهادِ ؛ لأنَّ الشاهِدَيْنِ رُبَّما نَسِيَا الشَّهادةَ ، أو نَسِيَا الخَصْمَينِ ، فلا يُذَكِّرُهما إلَّا رُؤْيَةُ[9] خَطِّيهِما . والثانى ، لا يَلْزَمُه ؛ لأنَّ الإشْهادَ يَكْفِيه . والأوَّلُ أصحُّ ؛ لأنَّ الشُّهودَ تكثُرُ عليهم[10] الشَّهاداتُ ، ويَطُولُ عليهمُ الأمَدُ ، والظَّاهرُ أنَّهما لا يَتحقَّقان الشَهادةَ تَحقُّقًا يحْصُلُ به أداؤُها ، فلا يَتقيَّدُ إلَّا بالكتابِ . فإن اخْتارَ أن يَكْتُبَ له مَحْضرًا ، فصفتُه : حضرَ القاضى فُلانُ بنُ فلانٍ الفُلانىُّ ، قاضى عبدِ اللهِ الإمامِ فلانٍ ، على كذا وكذا . وإن كان خليفةَ القاضى قال : خليفةُ القاضى فلانِ بن فلانٍ الفُلانىِّ[11] ، قاضى الإمامِ بمَجْلِسِ حُكْمِه وقَضائِه . فإن كان يَعْرِفُ المُدَّعِى والمُدَّعَى عليه بأسْمائِهما وأنْسابِهما ، قال : فلانُ بنُ فلانٍ الفلانىُّ ، وأحضَرَ معه فلانَ بنَ فلانٍ الفُلانىَّ . ويرْفَعُ فى نَسَبِهما حتى يتميَّزا[12] . ويُسْتحَبُّ ذِكْرُ حِلْيَتِهما ، وإن أخَلَّ به ، جازَ ؛ لأنَّ ذِكْرَ نَسَبِهما إذا رَفَعَ فيه أغْنَى عن ذِكْرِ الحِلْيَةِ . وإن كان الحاكمُ لا يعْرِفُ الخَصْمَيْن ، قال : مُدَّعٍ ذكرَ أنَّه فلانُ بنُ فلانٍ الفُلانىُّ ، وأحضرَ معه مُدَّعًى عليه ذكرَ أنَّه فلانُ بنُ فُلانٍ الفُلانىُّ . ويَرْفَعُ فى نَسَبِهما ، ويذْكُرُ حِلْيَتَهما ؛ لأنَّ الاعْتمادَ عليها ، فربَّما استْعارَ النَّسَبَ . ويقول : أغَمُّ ، أو أنْزَعُ . ويذْكُرُ صِفةَ العَيْنَيْن والأنْفِ والفَمِ والحاجِبَيْنِ ، واللونَ والطولَ والقِصرَ . ما ادَّعَى عليه كذا وكذا ، فأقرَّ له . ولا

٢٤/١١و

(٨) فى الأصل : « الشهادة » .

(٩) فى ب ، م : « ذوى » .

(١٠) فى م : « عليهما » .

(١١) فى ب ، م زيادة : « عبد الله » .

(١٢) فى م : « يتميز » .

يَحْتاجُ أن يقول : بمَجْلسِ حُكْمِه . لأن الإقرارَ يَصِحُّ في غيرِ مَجْلسِ الحُكْمِ . وإن كتبَ أنَّه شَهِدَ على إقرارِه شاهِدان ، كان أوْكَد . ويكتبُ الحاكمُ على رأسِ المَحْضَرِ : الحمدُ لله ربِّ العالمين . أو ما أحَبَّ مِن ذلك . فأمَّا / إن أنْكرَ المُدَّعَى عليه ، وشَهِدتْ عليه بَيِّنَةٌ ، قال : فادَّعَى عليه كذا وكذا ، فأنْكرَ ، فسأَلَ الحاكمُ المدَّعِي : ألَكَ بَيِّنَةٌ ؟ فأحْضَرَها ، وسأَلَ الحاكمُ سماعَها ففعل ، وسأَله أن يكْتُبَ له مَحْضَرًا بما جَرَى ، فأجابَه إليه ، وذلك في وقتِ كذا . ويحْتاجُ هٰهُنا أن يَذْكُرَ : بمَجْلسِ حُكْمِه وقضائِه . بخلافِ الإقْرارِ ؛ لأنَّ البَيِّنَةَ لا تُسْمَعُ إلَّا في مجلسِ الحُكْمِ ، والإقْرارُ بخلافِه . ويكتبُ الحاكمُ في آخرِ المَحْضَرِ : شهِدَا عندِي بذلك . فإن كان مع المُدَّعِي كتابٌ فيه خَطُّ الشَّاهِدِ كتبَ تحتَ[13] خطوطِهما أو تحت خَطِّ كلِّ واحدٍ منهما : شهِدَ عندِي بذلك . ويَكْتُبُ علامتَه في رأسِ المَحْضَرِ ، وإن اقْتصرَ على ذلك دُونَ المَحْضَرِ ، جازَ . فأمَّا إن لم تكُنْ للمُدَّعِي بَيِّنَةٌ ، فاسْتَحْلَفَ المُنكِرَ ، ثم سأَلَ المُنْكِرُ الحاكمَ مَحْضَرًا لِئلَّا يحْلِفَ في ذلك ثانيًا ، كتبَ له مِثْلَ ما تقدَّمَ ، إلَّا أنَّه يقولُ : فأنْكرَ ، فسأَلَ الحاكمُ المدَّعِي : ألكَ بيِّنةٌ ؟ فلم تكُنْ له بَيِّنَةٌ ، فقال : لَكَ يَمينُه . فسأَلَه أن يَسْتَحْلِفَه ، فاسْتحْلَفَه في مجلسِ حُكْمِه وقَضائِه ، في وقتِ كذا وكذا . ولا بُدَّ مِن ذِكْرِ تحْلِيفِه ؛ لأنَّ الاسْتِحلافَ لا يكونُ إلَّا في مجلسِ الحكمِ ، ويُعْلَمُ في أوَّلِه خاصَّةً . وإن نكَلَ المُدَّعَى عليه عن اليَمِينِ ، قال : فعُرِضَ اليَمِينُ على المدَّعَى عليه ، فنَكَلَ عنها ، فسأَلَ خَصْمُه الحاكمَ أن يَقْضِيَ عليه بالحقِّ ، فقَضَى عليه في وقتِ كذا . ويُعْلِمُ في آخرِه ، ويذْكُرُ أنَّ ذلك في مجلسِ حُكْمِه وقَضائِه . فهذه صِفَةُ المَحْضَرِ . فأمَّا إن سأَلَ صاحبُ الحقِّ الحاكمَ أن يَحْكُمَ له بما ثبَتَ في المَحْضَرِ ، لَزِمَه أن يَحْكُمَ له به ، ويُنْفِذَه ، فيقولَ : حَكَمْتُ له به ، أَلْزَمْتُه الحقَّ ، أنْفَذْتُ الحكمَ به . فإن طالَبه[14] أن يشْهَدَ له على حُكمِه ، لَزِمَه ذلك ، لتَحْصُلَ له الوَثِيقةُ به . فإن طالَبَه أن يُسَجِّلَ له به ، وهو أن يَكْتُبَ في المَحْضَرِ / ويَشْهَدَ على إنْفاذِه ، سَجَّلَ له . وفي وُجوبِ ذلك ، الوَجْهان المذكوران في المَحْضَرِ . وهذه صورةُ السِّجِلِّ : بسم الله الرحمن الرحيم . هذا ما أشْهَدَ عليه

١١/٢٤ظ

١١/٢٥و

---

(١٣) سقط من : م .

(١٤) في م : « طلبه » .

القاضى فلانُ بنُ فلانٍ الفلانىُّ ، قاضى عبدِ اللهِ الإمامِ ، على كذا وكذا فى مجلسِ حُكْمِه وقَضائِه ، فى موضعِ كذاوكذا ، فى وقتِ كذاوكذا ، أنَّه ثَبتَ عندَه[١٥] بشهادةِ فلانٍ وفلانٍ ونَسَبِهما ، وقد عَرَفَهما بما ساغَ له به قَبُولُ شَهادتِهما عندَه بما[١٦] فى كتابِ نُسْخَتُه.[١٧] وينسَخُ الكتابَ إن كان معَه ، أو المَحْضَرَ فى أىِّ حُكْمٍ كان ، فإذافرغ منه قال بعدَ ذلك : فحكَمَ به ، فأنْفَذَه[١٨] وأمْضاه ، بعدَ أنْ سألَه فلانُ بنُ فلانٍ ، أنْ يَحْكُمَ له به . ولا يحتاجُ أن يذكرَ أنَّه بمَحْضَرِ المُدَّعَى عليه ؛ لأنَّ القضاءَ على الغائبِ جائزٌ ، فإن أرادَ أن يذْكُرَه احْتياطًا ، قال : بعدَ أن حَضَرَه مَن ساغَ له الدَّعْوَى عليه . ويكتبُ الحاكمُ بالسِّجِلِّ والْمَحْضَرِ نُسْخَتَيْن ؛ إحْداهما ، تكونُ فى يدِ صاحبِ الحَقِّ . والأُخْرَى ، تكونُ فى ديوانِ الحُكمِ ، فإن هلكَتْ إحْداهما نابَتِ الأُخْرَى عنها ، وتُخْتَمُ التى[١٩] فى ديوانِ الحُكمِ ، ويكْتُبُ على طَيِّه[٢٠] : سجِلُّ فُلانِ بنِ فلانٍ ، أو مَحْضَرُ فلانِ بنِ فلانٍ ، أو وَثِيقةُ فُلانِ بنِ فلانٍ . فإن كثُرَ ما عندَه جَمَعَ ما يَجْتمِعُ فى كلِّ يومٍ أو أُسْبوعٍ أو شهرٍ ، على قدرِ كَثْرَتِها أوْ قِلَّتِها[٢١] ، وشدَّها إضْبارَةً ، ويَكْتُبُ عليها : أُسبوعُ كذا ، مِن شهرِ كذا ، مِن سَنةِ كذا . ثم يَضُمُّ ما يَجْتَمِعُ فى السَّنةِ ، ويَدَعُها ناحِيَةً ، ويكتبُ عليها : كُتِبَ سنةَ كذا . حتى إذا حضَرَ مَن يَطْلُبُ شيئًا منها ، سألَه[٢٢] عنِ السَّنةِ ، فيُخْرِجُ كُتُبَ تلك السَّنةِ ، ويَسْهُلُ. ويَنبغى أن يتولَّى جَمْعَها وشَدَّها بنفسِه ؛ لئلَّا يُزوَّرَ / عليه ، فإن تَوَلَّى ذلك ثِقةٌ مِن ثِقاتِه ، جازَ . ١١/٢٥ظ

فصل : ويَنْبَغِى أن يُجْعَلَ مِن بيتِ المالِ شىءٌ برَسْمِ الكاغَدِ الذى يُكْتَبُ فيه المَحاضِرُ والسِّجِلَّاتُ ؛ لأنَّه من المصالحِ ، فإنَّه يُحْفَظُ به الوَثائقُ ، ويُذَكِّرُ الحاكمَ حُكْمَه ،

---

(١٥) فى الأصل : « عندى » .
(١٦) فى الأصل : « ما » .
(١٧) فى م : « نسخة » .
(١٨) فى ب : « وأنفذه » .
(١٩) فى ب ، م : « الذى » .
(٢٠) فى ب : « طيته » .
(٢١) فى ب ، م : « وقلتها » .
(٢٢) فى م : « سام » .

والشَّاهدَ شَهادتَه ، ويُرْجَعُ بالدَّرَكِ على مَن رَجَعَ عليه ، فإن أعْوَزَ ذلك ، لم يَلْزَمِ الحاكمَ ذلك ، ويقولُ لصاحبِ الحقِّ : إن شئتَ جئتَ بكاغدٍ ، أكْتبُ لك فيه ، فإنَّه حجةٌ لك ، ولستُ أُكْرِهُك عليه .

فصل : وإذا ارْتَفعَ إليه خَصْمانِ ، فذكرَ أحدُهما أنَّ حجَّتَه فى ديوانِ الحُكْمِ ، فأخْرَجَها الحاكمُ مِن ديوانِه ، فوجدَها مكتوبةً بخَطِّه تحت خَتْمِه ، وفيها حكمُه ، فإن ذكرَ ذلك ، حَكَمَ به ، وإن لم يذكُرْه ، لم يَحْكُمْ به . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى الشَّهادةِ ، قالَه بعضُ أصْحابِنا ، وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والشَّافعىِّ ، ومحمدِ بنِ الحسنِ . وعن أحمدَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه يَحْكُمُ به . وبه قال ابنُ أبى ليلى . وهذا الذى رأيتُه عن أحمدَ فى الشهادةِ ؛ لأنَّه إذا كانَ فى قِمَطْرِه تحتَ خَتْمِه ، لم يَحْتَمِلْ أن يكونَ إلَّا صحيحًا . ووَجْهُ الأُولَى ، أنَّه حُكْمُ حاكمٍ لم يَعْلَمْه ، فلم يَجُزْ إنْفاذُه إلَّا بِبَيِّنَةٍ ، كحُكْمِ غيرِه ، ولأنَّه يجوزُ أنْ يُزَوَّرَ عليه وعلى خَتْمِه ، والخَطُّ يُشْبِهُ الخَطَّ . فإن قيل : فلو وَجدَ فى دَفْتَرِ أبيه حَقًّا على إنسانٍ ، جازَ له أنْ يَدَّعِيَه ، ويَحْلِفَ عليه . قُلْنا : هذا يُخالِفُ الحُكْمَ والشَّهادةَ ، بدليلِ الإجْماعِ على أنَّه لو وجدَ بخطِّ أبيه شهادةً ، لم يَجُزْ له أن يَحكُمَ بها ، ولا يَشْهَدَ بها ، ولو وجدَ حُكْمَ أبيه مَكتوبًا بخَطِّه ، لم يَجُزْ له إنْفاذُه ، ولأنَّه يُمْكِنُه الرُّجوعُ فيما حكمَ به[23] إلى نفسِه ، لأنَّه فِعْلُ نَفْسِه ، فرُوعِىَ ذلك . وأمَّا ما كتبَه أبوه ، فلا يُمْكِنُه الرُّجوعُ فيه[24] إلى نفسِه ، فيَكْفِى[25] فيه / الظَّنُّ .

٢٦/١١و

فصل : فإن ادَّعَى رجلٌ على الحاكمِ ، أنَّك حَكَمْتَ لى بهذا الحقِّ على خَصْمِى . فذكرَ[26] الحاكمُ حُكْمَه ، أمْضاهُ ، وألْزَمَ خَصْمَه ما حَكَمَ به عليه . وليس هذا حُكْمًا بالعلمِ ، إنَّما هو إمْضاءٌ لحُكْمِه السَّابقِ . وإنْ لم يَذكُرْه القاضى ، فشَهِدَ عنده شاهدان على حُكْمِه ، لَزِمَه قَبُولُها ، وإمْضاءُ القضاءِ . وبه قالَ ابنُ أبى ليلى ، ومحمدُ بنُ الحسنِ . قال

---

(٢٣) فى م زيادة : « عليه » .

(٢٤) فى م : « فيما حكم به » .

(٢٥) فى الأصل : « فكفى » .

(٢٦) فى ب : « ثم ذكر » .

القاضى : هذا قياسُ قولِ أحمدَ ؛ لأنَّه قال : يَرْجِعُ الإمامُ إلى قولِ اثنَيْنِ فصاعِدًا من المأمُومِينَ . وقال أبو حنيفةَ ، وأبو يوسفَ ، والشّافعىُّ : لا يَقْبَلُ ؛ لأنَّه يُمْكِنُه الرُّجوعُ إلى الإحاطَةِ والعلْمِ ، فلا يَرْجِعُ إلى الظَّنِّ ، كالشَّاهِدِ إذا نَسِىَ شهادتَه ، فشَهِدَ عندَه شاهِدانِ أنَّه شهِدَ[٢٧] ، لم يكُنْ له أن يَشْهَدَ . ولَنا ، أنَّهما لو شَهِدَا عندَه بحُكْمِ غيرِه قَبِلَ ، فكذلك إذا شَهِدَا عنده بحُكْمِه[٢٨] ، ولأنَّهما شَهِدَا بحُكْمِ حَاكِمٍ . وما ذَكَروه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ ذِكْرَ ما نَسِيَه ليس إليه ، ويُخالِفُ الشَّاهِدَ ؛ لأنَّ الحاكمَ يُمْضِى ما حَكَمَ به إذا ثَبَتَ عندَه ، والشاهِدَ لا يَقْدِرُ على إمْضاءِ شَهادتِه ، وإنما يُمْضِيها الحاكِمُ .

١٨٧٢ – مسألة ، قال : (وَلَا يَقْبَلُ هَدِيَّةَ مَنْ لَمْ يَكُنْ يُهْدِى إلَيْهِ قَبْلَ وِلَايَتِهِ)

وذلك لأنَّ الهَدِيَّةَ يُقصَدُ بها فى الغالبِ اسْتِمالةُ قلبه ، ليَعْتَنِىَ به فى الحكمِ ، فتُشْبِهُ الرِّشْوَةَ . قال مسروقٌ : إذا قَبِلَ القاضى الهدِيَّةَ ، أكلَ السُّحْتَ ، وإذا قَبِلَ الرِّشْوَةَ ، بلَغتْ به الكفرَ . وقد رَوَى أبو حُمَيدٍ السَّاعِدىُّ ، قال : بعثَ رسولُ اللهِ ﷺ رجلًا من الأَزْدِ ، يُقالُ له ابنُ اللُّتْبِيَّةِ على الصَّدقةِ ، فقال : هذا لكم ، وهذا أُهْدِىَ إلَىَّ . فقام النَّبىُّ ﷺ فحمِدَ اللهَ ، وأثْنَى عليه ، ثم قال : « مَا بَالُ الْعَامِلِ نَبْعَثُهُ ، فَيَجِىءُ فَيَقُولُ : هَـٰذَا لَكُمْ ، وَهَـٰذَا أُهْدِىَ[١] إلَىَّ ، أَلَا جلَسَ فِى بَيْتِ أُمِّهِ[٢] ، فَيَنْظُرَ أَيُهْدَى إلَيْهِ أَمْ لَا ؟ ، وَالَّذِى نَفْسُ مُحَمَّدٍ بِيَدِهِ ، لَا نَبْعَثُ أَحَدًا مِنْكُمْ ، فَيَأْخُذُ شَيْئًا ، إلَّا جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ يَحْمِلُهُ / عَلَى رَقَبَتِه ، إنْ كَانَ بَعِيرًا لَهُ رُغَاءٌ ، أَوْ بَقَرَةً لَهَا خُوَارٌ ، أَوْ شَاةً تَيْعَرُ »[٣] . فرفع يَدَيْه[٤] حتى رَأيتُ عُفْرَةَ[٥] إبْطَيْه ، فقال : « اللَّهُمَّ هَلْ بَلَّغْتُ » ثلاثًا ؟ . مُتَّفَقٌ عليه[٦] . ولأنَّ حُدوثَ

١١/٢٦ظ

---

(٢٧) فى الأصل : « يشهد » .

(٢٨) فى م : « بحكم نفسه » .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى صحيح البخارى : « فى بيت أبيه وأمه » . وفى صحيح مسلم : « فى بيت أبيه أو فى بيت أمه » .

(٣) تيعر : تصيح ، واليعار : صوت الشاة .

(٤) فى الأصل : « يده » .

(٥) عفرة الإبط : البياض الذى ليس بالناصع .

(٦) أخرجه البخارى ، فى : باب كيف كانت يمين النبى ﷺ ، من كتاب الأيمان ، وفى : باب هدايا العمال ، من=

الهَدِيَّةِ عنَد حُدوثِ الوِلايةِ يَدُلُّ على أنَّها مِن أجْلِها ، ليتَوسَّلَ بها إلى مَيْلِ الحاكمِ معه على خَصْمِه ، فلم يَجُزْ قبولُها منه[7] كالرِّشْوَةِ ، فأمَّا إن كان يُهْدِى إليه قبلَ وِلَايَتِه ، جازَ قَبولُها منه بعدَ الوِلَايةِ ؛ لأنَّها لم تكنْ مِن أجلِ الوِلايةِ ؛ لوُجودِ سَبَبِها قبلَ الوِلايةِ ، بدليلِ وُجودِها قبلَها . قال القاضى : ويُستَحَبُّ له التَّنزُّهُ عنها : وإن أحَسَّ أنَّه يُقدِّمُها بين يَدَىْ خُصومِه ، أو فعلَها حالَ الحُكومَةِ ، حَرُمَ أخْذُها فى هذه الحالِ ؛ لأنَّها كالرِّشْوةِ . وهذا كلُّه مذهبُ الشَّافعىِّ . ورُوِىَ عن أبى حنيفةَ وأصْحابه ، أنَّ قَبولَ الهَدِيَّةِ مَكْروهٌ غيرُ مُحَرَّمٍ . وفيما ذكَرْناهُ دَلالةٌ على التَّحْريمِ .

فصل : فأمَّا الرِّشْوَةُ فى الحُكْمِ ، ورِشْوَةُ العاملِ ، فَحرامٌ بلا خِلافٍ . قال اللهُ تعالى : ﴿ أَكَّـٰلُونَ لِلسُّحْتِ ﴾[8] . قال الحسنُ ، وسَعيدُ بنُ جُبَيْرٍ ، فى تفسيرِه : هو الرِّشْوَةُ . وقال : إذا قَبِلَ القاضى الرِّشْوَةَ ، بَلغتْ به إلى الكفرِ . ورَوَى عبدُ اللهِ بنُ عمرو ، قال : لعنَ رسولُ اللهِ ﷺ الرَّاشِىَ والمُرْتَشِى . قال التِّرْمِذِىُّ[9] : هذا حديثٌ حسنٌ صحيحٌ . ورواه أبو هُرَيْرةَ ، وزادَ : « فِى الْحُكْمِ » . ورواه أبو بكرٍ ، فى « زادِ المُسافرِ »[10] ، وزادَ : « وَالْمُرَاشِى »[11] وهو السَّفيرُ بينهما . ولأن المُرتَشى إنَّما

= كتاب الأحكام . صحيح البخارى ٨/١٦٢ ، ٩/٨٨ . ومسلم ، فى : باب تحريم هدايا العمال ، من كتاب الإمارة . صحيح مسلم ٣/١٤٦٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى هدايا العمال ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ٢/١٢١ ، ١٢٢ . والدارمى ، فى : باب ما يهدى لعمال الصدقة لمن هو ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب فى العامل إذا أصاب فى عمله شيئا ، من كتاب السير . سنن الدارمى ١/٣٩٤ ، ٢/٢٣٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/٤٢٣ .

(٧) لم يرد فى : الأصل ، ب .

(٨) سورة المائدة ٤٢ .

(٩) فى : باب ما جاء فى الراشى والمرتشى ، من كتاب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/٨١ ، ٨٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى كراهية الرشوة ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢/٢٧٠ . وابن ماجه ، فى : باب التغليظ فى الحيف والرشوة ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٧٥ . جميعهم عن عبد الله بن عمرو ، وأخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢/١٦٤ ، ١٩٠ ، ١٩٤ ، ٢١٢ عن عبد الله بن عمرو ، وفى : ٢/٣٨٧ ، ٣٨٨ عن أبى هريرة ، وفى ٥/٢٧٩ عن ثوبان .

(١٠) ذكره ابن أبى يعلى ، فى ترجمته ، فى : طبقات الحنابلة ٢/١٢٠ .

(١١) فى م : « والراشى » .

يَرْتَشِي لِيَحْكُمَ بغيرِ الحقِّ، أو لِيُوقفَ الحكمَ عنه، وذلكَ مِن أعظمِ الظُّلمِ. قال مَسْرُوقٌ: سألتُ ابنَ مسعودٍ عن السُّحْتِ، أهوَ الرِّشْوَة في الحُكمِ؟ قال: لا، ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُولَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْكَـٰفِرُونَ﴾[12] و﴿ٱلظَّـٰلِمُونَ﴾[12] و﴿ٱلْفَـٰسِقُونَ﴾[12] ولكنَّ السُّحتَ أن يَسْتعِينَكَ الرَّجُلُ على مَظْلَمةٍ، فيُهْدِيَ لك، فلا تَقْبَلْ[13]. وقال قَتادةُ: قال كَعْبٌ: الرِّشْوَةُ تُسَفِّهُ الحلِيمَ، وتُعْمِي عينَ الحكيمِ. فأمَّا الرَّاشِي فإنْ رَشاهُ لِيَحْكُمَ له بباطلٍ، أو يَدفعَ عنه / حقًّا، فهو ملعونٌ، وإن رَشاه لِيَدفعَ ظُلْمَه، ويَجْزِيَه على واجبِه، فقد قال عَطاءٌ، وجابرُ بنُ زيدٍ، والحسنُ: لا بَأْسَ أن يُصانِعَ عن نفسِه. قال جابرُ بنُ زيدٍ: ما رأينا في زَمنِ زِيادٍ[14] أنْفَعَ لنا مِن الرُّشا. ولأنَّه يَسْتَنْقِذُ مالَه كما يَسْتَنْقِذُ الرَّجلُ أسيرَه. فإنِ ارْتشَى الحاكمُ، أو قبلَ هَدِيَّةً ليس له قبولُها، فعليه رَدُّها إلى أرْبابِها؛ لأنَّه أخذَها[15] بغيرِ حقٍّ، فأشْبَهَ المأْخوذَ بعَقْدٍ فاسدٍ. ويَحْتَمِلُ أن يَجْعلَها في بيتِ المالِ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ لم يأْمُرِ ابنَ اللُّتْبِيَّةِ بردِّها على أرْبابِها. وقد قال أحمدُ: إذا أهْدَى البِطْريقُ لصاحبِ الجيشِ عَيْنًا أو فِضَّةً، لم تكُنْ له دونَ سائرِ الجيشِ. قال أبو بكرٍ: يكونُون فيه[16] سَواءً.

27/11 و

فصل: ولا يَنْبَغِي للقاضي أن يَتولَّى البَيْعَ والشِّراءَ بنفسِه؛ لما رَوَى أبو الأسْوَدِ المالِكيُّ، عن أبيه، عن جدِّه، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: «مَا عَدَلَ وَالٍ اتَّجَرَ فِي رَعِيَّتِهِ أَبَدًا»[17]. ولأنَّه يُعْرَفُ فيُحابَى، فيكونُ كالهَدِيَّةِ، ولأنَّ ذلك يَشْغَلُه عن النَّظرِ في أُمورِ الناسِ. وقد رُوِيَ عن أبي بكرٍ الصِّدِّيق، رَضِيَ اللهُ عنه، أنَّه لمَّا بُويِعَ، أخذَ الذِّراعَ وقصَدَ السُّوقَ، فقالوا: يا خليفةَ رسولِ اللهِ، لا يَسعُكَ أن تَشْتَغِلَ عن أُمورِ المسلمين. قال: فإنِّي لا أدَعُ عِيالِي يَضِيعُون. قالوا: فنحن نَفرِضُ لك ما يَكْفِيكَ. ففرَضُوا له كلَّ يومٍ دِرْهمَيْنِ[18]. فإن باعَ واشْتَرَى، صَحَّ البَيْعُ؛ لأنَّ البيعَ تَمَّ بشُرُوطِه وأرْكانِه. وإن احْتاجَ

---

(12) الآيات 44، 45، 47، من سورة المائدة.

(13) أخرجه البيهقي، في: باب التشديد في أخذ الرشوة، من كتاب آداب القاضي. السنن الكبرى 10/139.

(14) في م: «زيادة». وهو يعني زياد بن أبيه.

(15) في ب زيادة: «منهم».

(16) في ب: «فيها».

(17) عزاه السيوطي إلى الحاكم في الكنى. انظر: الفتح الكبير 3/96. فيض القدير 5/456.

(18) تقدم تخريجه، في: صفحة 10.

إلى مُباشَرتِه ، ولم يكُنْ له مَن يَكْفِيه ، جازَ ذلك ، ولم يُكْرَهْ ؛ لأنَّ أبا بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، قصدَ السُّوقَ لِيَتَّجِرَ فيه ، حتى فَرَضُوا له ما يَكْفِيه ، ولأنَّ القيامَ بِعِيَالِه فرضُ عَيْنٍ ، فلا يَتْرُكُه لوَهْمِ مَضَرَّةٍ ، وإنَّما[١٩] إذا اسْتَغْنَى عن مُباشَرتِه ، ووجدَ مَن يَكْفِيه ذلك ، كُرِهَ له ؛ لما ذكَرْنا من المَعْنَيَيْنِ . ويَنْبَغِى أن يُوَكِّلَ فى ذلك مَن لا يُعْرَفُ أنَّه وَكِيلُه ؛ لئلَّا يُحابَى . وهذا مذهبُ / الشَّافعىِّ . وحُكِىَ عن أبى حنيفةَ ، أنَّه قال : لا يُكْرَهُ له البيعُ والشِّراءُ وتَوْكيلُ مَن يُعْرَفُ ؛ لما ذكَرْنا مِن قَضيَّةِ أبى بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه . ولَنا ، ما ذكَرْناه . ورُوِىَ عن شُرَيْحٍ ، أنَّه قال : شَرَطَ علىَّ عمرُ حينَ وَلَّانِى القضاءَ أنْ لا أبيعَ ، ولا أبْتَاعَ ، ولا أرْتَشِىَ ، ولا أقْضِىَ وأنا غَضْبانُ[٢٠] . وقَضِيَّةُ أبى بكرٍ حُجَّةٌ لَنا ؛ فإنَّ الصحابةَ أنْكَرُوا عليه ، فاعْتذَرَ بحِفْظِ عِيَالِه عنِ الضَّيَاعِ ، فلمَّا أغْنَوهُ عن البيعِ والشِّراءِ بما فَرَضُوا له[٢١] ، قبِلَ قولَهم ، وتركَ التجارةَ ، فحصَلَ الاتِّفاقُ منهم على تَرْكِها عندَ الغِنَى عنها .

١١/٢٧ ظ

فصل : ويجوزُ للحاكِمِ حُضورُ الوَلائمِ ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ كان يحضرُها ، ويأمرُ بحُضورِها ، وقال : « مَنْ لَمْ يُجِبْ فَقَدْ عَصَى اللهَ وَرَسُولَهُ »[٢٢] . فإن كثُرَتْ وازْدحمَتْ ، ترَكَها كلَّها ، ولم يُجِبْ أحدًا ؛ لأنَّ ذلك يَشْغَلُه عن الحكم الذى قد تعيَّنَ عليه ، لكنَّه يَعْتذِرُ إليهم ، ويَسْألُهم التَّحْليلَ ، ولا يُجيبُ بعضًا دونَ بعضٍ ؛ لأنَّ فى ذلك كَسْرًا لقلبِ مَن لم يُجِبْه ، إلَّا أنْ يَخْتَصَّ بعضُها بعُذْرٍ يَمْنَعُه دونَ بعضٍ ، مثل أن يكونَ فى إحْداهما مُنْكَرٌ ، أو تكونَ فى مكانٍ بعيدٍ ، أو يَشْتغِلَ بها زَمنًا طويلًا ، والأُخْرَى بخلافِ ذلك ، فله الإجابةُ إليها دونَ الأُولَى ؛ لأنَّ عُذْرَه ظاهرٌ فى التَّخلُّفِ عن الأُولَى .

فصل : وله عِيادَةُ المَرْضَى ، وشُهودُ الجنائزِ ، وإتْيانُ مَقْدَمِ الغائبِ ، وزيارةُ إخوانِه والصَّالحينَ مِن الناسِ ؛ لأنَّه قُرْبةٌ وطاعةٌ ، وإن كثُرَ ذلك ، فليس له الاشْتِغالُ به عن الحُكمِ ؛ لأنَّ هذا تبرُّعٌ ، فلا يَشْتغِلُ به عن الفَرْضِ[٢٣] ، وله حُضورُ البعضِ دونَ البعضِ ؛ لأنَّ

---

(١٩) فى م : « وأما » .

(٢٠) انظر : تلخيص الحبير ٤/١٩٥ . وإرواء الغليل ٨/٢٥٠ .

(٢١) فى م : « لهم » .

(٢٢) تقدم تخريجه ، فى : ١٠/١٩٤ ، الحديث الثالث .

(٢٣) فى النسخ : « الغرض » .

هذا يَفْعلُه لنَفْعِ نفسِه بتَحْصِيلِ[٢٤] الأجرِ ، والقُرْبةِ له ، والولائمُ يُراعَى فيها حقُّ الدَّاعِى ، فيَنْكَسِرُ قلبُ مَن لم يُجبْه إذا أجابَ غيرَه .

١٨٧٣ – مسألة ؛ قال : (وَيَعْدِلُ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ فِى الدُّخُولِ عَلَيْهِ ، والْمَجْلِسِ ، / وَالْخِطَابِ) ١١/٢٨و

وجملتُه ، أنَّ على القاضى العدلَ بين الخَصْمَيْنِ فى كلِّ شىءٍ ، مِن المَجْلسِ ، والخِطابِ ، [١]واللَّحْظِ واللَّفظِ[١] ، والدُّخولِ عليه ، والإنْصاتِ إليهما ، والاسْتِماعِ منهما . وهذا قولُ شُرَيْحٍ ، وأبى حنيفةَ ، والشَّافعىِّ . ولا أعلمُ فيه مُخالِفًا . وقد رَوَى عمرُ ابنُ شَبَّةَ ، فى كتابِ « قُضاةِ البصرةِ » ، بإسْنادِه عن أُمِّ سلَمةَ ، أنَّ النَّبىَّ ﷺ قال : « مَنْ بُلِىَ بِالْقَضَاءِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ ، فَلْيَعْدِلْ بَيْنَهُمْ فِى لَفْظِهِ ، وَإِشَارَتِهِ[٢] ، وَمَقْعَدِهِ ، وَلَا يَرْفَعُ صَوْتَه عَلَى أَحَدِ الخَصْمَيْنِ مَالَا يَرْفَعُهُ عَلَى الْآخَرِ »[٣] . وفى روايةٍ : « فَلْيُسَوِّ بَيْنَهُمْ ؛ فِى النَّظَرِ ، وَالْمَجْلِسِ ، وَالإِشَارَةِ » . وكتبَ عمرُ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، إلى أبى موسى[٤] : سَوِّ[٥] بينَ النَّاسِ فى مجلِسِك وعدْلِك ، حتى لا يَيْأسَ الضَّعِيفُ من عَدْلِك ، ولا يَطْمَعَ شريفٌ فى حَيْفِك[٦] . وقال سَعيدٌ ، ثنا هُشَيْمٌ ، ثنا[٧] سَيَّارٌ[٨] ، ثنا الشَّعْبِىُّ ، قال : كان بين عمرَ بنِ الخطَّابِ ، وأُبىِّ بنِ كعبٍ بِدَارٍ[٩] فى شىءٍ ، فجَعلا بينهما زيدَ بنَ ثابتٍ ، فأَتَياهُ فى منزلِه ، فقال له عمرُ : أتَيْناكَ لتَحْكُمَ بيننا ، فى بَيْتِهِ يُؤْتَى الحَكَمُ[١٠] . فوسَّعَ له زيدٌ عن

(٢٤) فى م : « لتحصيل » .

(١ – ١) فى الأصل : « واللحظة واللفظة » .

(٢) فى الأصل : « وإشاراته » .

(٣) وأخرجه البيهقى ، فى : باب إنصاف الخصمين ... ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١٠/١٣٥ .

(٤) سقط من : م .

(٥) فى الأصل : « واس » .

(٦) تقدم تخريجه ، فى : ١٣/١٩٣ .

(٧) فى الأصل : « أخبرنا » .

(٨) فى الأصل : « يسار » . وما هنا فى : السنن الكبرى ١٠/١٣٦ أيضا .

(٩) فى السنن الكبرى : « تدارى » .

(١٠) فى م : « الحاكم » . وهو مثل معروف .

صَدْرِ فِرَاشِه ، فقال : هٰهُنا يا أميرَ المُؤمنينَ . فقال له عمرُ : جُرْتَ فى أَوَّلِ القضاءِ ، ولكنْ أجْلِسُ مع خَصْمِى . فجَلَسا بين يديْه ، فادَّعَى أُبىٌّ وأنْكَرَ عمرُ ، فقال زيدٌ لأُبَىٍّ ، أعْفِ أميرَ المؤمنين من اليمينِ ، وما كنتُ لأسْألَها لأحدٍ غيرِه . فحلَفَ عمرُ ، ثم أقسمَ : لا يُدْرِكُ زيدٌ بابَ القضاءِ ، حتى يكونَ عمرُ ورجلٌ مِن عُرْضِ المسلمين عندَه سَواءً[11] . ورَواهُ عمرُ بنُ شَبَّةَ ، وفيه : فلما أتيا بابَ زيدٍ، خرجَ فقالَ : السَّلامُ عليكَ يا أميرَ المؤمنينَ ، لو أرسلتَ إلىَّ أتَيْتُكَ[12] . قال : فى بَيْتِه يُؤْتَى الحَكَمُ . فلما دَخلا[13] عليه ، قال : هٰهُنا يا أميرَ المؤمنين . قال : بل أجلِسُ مع خَصْمِى . فادَّعَى أُبىٌّ وأنْكرَ عمرُ ، ولم تكنْ لأُبىٍّ بَيِّنَةٌ ، فقال زيدٌ : أعفِ أميرَ المؤمنين مِن اليمينِ . فقالَ عمرُ : تاللهِ إنْ زِلْتَ ظالمًا ، السلامُ / عليكَ يا أميرَ المؤمنين . هٰهُنا[14] يا أميرَ المؤمنين . أعْفِ أميرَ المؤمنينِ[14] . ولِمَ يُعفِى أميرَ المؤمنين ؟ إنْ كانَ لِى حقٌّ استَحْققتُه بيَمِينى ، وإلَّا تَرَكْتُه ، واللهِ الذى لا إلهَ إلَّا هو ، إنَّ النَّخلَ لَنَخْلِى ، وما لأُبىٍّ فيها حقٌّ . ثم أَقْسَمَ عمرُ : لا يُصيبُ زيدٌ وَجْهَ القضاءِ حتى يكونَ عمرُ وغيرُه مِن الناسِ عندَه سواءً . فلمَّا خرَجا وهبَ النَّخلَ لِأُبَىٍّ ، فقيل له : يا أميرَ المؤمنين ، فهلَّا كانَ هذا قبلَ أن تَحْلِفَ ؟ قال : خِفتُ أنْ أتركَ اليَمِينَ ، فتَصيرَ سُنَّةً ، فلا يَحْلِفُ النـاسُ على حُقوقِهم . وقال إبراهيمُ : جاءَ رجلٌ إلى شُرَيْحٍ ، وعندَه السَّرِىُّ بنُ وَقَّاصٍ ، فقال الرجلُ لشُرَيْحٍ : أعْدِنِى على هذا الجالسِ عندَك . فقـال شُرَيـحٌ للسَّرِىِّ : قُمْ فاجْلِسْ مع خَصْمِك . قال : إنِّى أسْمَعُك مِن مَكانِى . قال : لا ، قُمْ فاجلِسْ مع خَصْمِك . فأبَى أنْ يَسْمَعَ منه حتَّى أجْلَسَه مع خَصْمِه . وفى روايةٍ أنَّه[15] قال : إنَّ مَجْلِسَك يُرِيبُه ، وإنِّى لا أدَعُ النُّصرَةَ وأنا عليها قادِرٌ . ولما تحاكَمَ علىٌّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، واليَهُودِىُّ إلى شُرَيْحٍ ، قال

٢٨/١١ ظ

---

(١١) تقدم تخريجه ، فى : صفحة ٣٩ .

(١٢) فى ب ، م : « لأتيتك » .

(١٣) فى الأصل : « دخل » .

(١٤ – ١٤) فى م : « ههنا أعف أمير المؤمنين » .

(١٥) سقط من : م .

علىٌّ : إنَّ خَصْمِى لو كان مُسلِمًا لجَلسْتُ معه بينَ يدَيْكَ[16] . ولأنَّ الحاكمَ إذا ميَّزَ أحدَ الخَصْمَيْنِ على[17] الآخَرِ حُصِرَ ، وانْكسَرَ قلبُه[18] ، وربما لم تَقُمْ حُجَّتُه ، فأدَّى ذلك إلى ظُلْمِه . وإنْ أذِنَ أحدُ الخَصْمَيْنِ للحاكمِ فى رَفْعِ الخَصْمِ الآخَرِ عليه فى المجلسِ ، جازَ ؛ لأنَّ الحقَّ له ، ولا يَنْكسِرُ قلبُه إذا كانَ هو الذى رَفَعَه . والسُّنَّةُ أنْ يجلِسَ الخَصْمان بينَ يَدَىِ القاضى ؛ لما رُوِىَ أنَّ النَّبىَّ ﷺ قَضَى أنْ يجلِسَ الخَصْمان بين يَدَىِ الحاكمِ . رواه أبو داود[19] . وقال علىٌّ رضى الله عنه : لو أنَّ خَصْمى مُسلمٌ لَجلَستُ معه بين يَدَيْك . ولأنَّ ذلك أمْكنُ للحاكمِ فى العَدْلِ بينهما ، والإقْبالِ عليهما ، والنَّظَرِ فى خُصومَتِهما . وإنْ كان الخَصْمانِ ذِمِّيَّيْنِ ، سَوَّى بينهما أيضًا ؛ لاسْتِوائِهما فى دِينِهما ، وإنْ كان أحدُهما مسلمًا والآخَرُ ذِمِّيًّا ، جازَ رَفْعُ المُسلِمِ عليه ، لما رَوَى / إبراهيمُ التَّيْمِىُّ ، قال : وَجَدَ علىٌّ ، رَضِىَ اللهُ عنه[20] ، دِرعَه مع يَهُودِىٍّ ، فقال : دِرْعِى ، سَقَطَتْ وَقْتَ كذا وكذا . فقال اليَهُودِىُّ : دِرْعِى ، وفى يَدِى ، بينى وبينَك قاضى المسلمين . فارْتَفَعَا إلى شُرَيْحٍ ، فلمَّا رآهُ شُرَيْحٌ قامَ مِن مَجْلِسِه ، وأجْلسَه فى مَوْضِعِه ، وجلسَ مع اليَهُودِىِّ بين يَدَيْه ، فقال علىٌّ : إنَّ خَصْمِى لو كان مُسلمًا لَجلسْتُ معه بينَ يديك ، ولكنِّى سمعتُ رسولَ الله ﷺ ، يقولُ : « لَا تُسَاوُوهُمْ فِى الْمَجَالِسِ » . ذكره أبو نُعَيْمٍ ، فى « الحِلْيَةِ » . ولا يَنْبَغِى أنْ يُضِيفَ أحدَ الخَصْمَيْنِ دونَ صاحبِه ، إمَّا أنْ يُضيفَهما معًا أو يَدعَهما . وقد رُوِىَ عن علىٍّ ، كرَّمَ اللهُ وجهَه ، أنَّه نزلَ به رجلٌ ، فقال له : أَلَكَ[21] خَصْمٌ ؟ قال : نعم . قال : تحوَّلْ عنَّا ، فإنِّى سمعتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقولُ : « لَا تُضِيفُوا أَحَدَ الخَصْمَيْنِ إِلَّا

29/11 و

---

(16) أخرجه البيهقى ، فى : باب إنصاف الخصمين ... ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى 10/136 . وأبو نعيم ، فى : الحلية 4/139 . ووكيع ، فى : أخبار القضاة 2/200 .

(17) فى ب : « عن » .

(18) لم يرد فى : الأصل ، ب .

(19) فى : باب كيف يجلس الخصمان بين يدى القاضى ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود 2/271 . كما أخرجه البيهقى ، فى : باب إنصاف الخصمين ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى 10/135 .

(20) سقط من : ب ، م .

(21) فى ب ، م : « إنك » .

وَمَعَهُ خَصْمُهُ »[٢٢] . ولأنَّ ذلك يُوهِمُ الخَصْمَ مَيْلَ الحاكِمِ إلى مَن أضافَه . ولا يُلَقِّنُ أحدَهُما حُجَّتَه ، ولا ما فيه ضَررٌ على خَصْمِه ، مثل أن يُريدَ أحدُهما الإقْرارَ ، فيلَقِّنه الإنْكارَ ، أو اليمينَ فيُلقِّنه النُّكُولَ ، أو النُّكولَ ، فيُجَرِّئه على اليَمينِ ، أو يُحِسَّ من الشَّاهِدِ بالتَّوقُّفِ ، فيُجَسِّرَه على الشَّهادةِ ، أو يكونَ مُقْدِمًا على الشَّهادةِ ، فيُوقِفَه عنها ، أو يقولَ لأحدِهما وحدَه : تكلَّمْ . ونحو هذا ممَّا فيه إضْرارٌ بخَصْمِه ؛ لأنَّ عليه العَدْلَ بينَهما . فإنْ قيل : فقد لقَّن النَّبِىُّ ﷺ السارقَ ، فقال : « مَا إِخَالُكَ سَرَقْتَ »[٢٣] . وقال عمرُ لزيادٍ : أرْجو أنْ لا يَفْضَحَ اللهُ على يَدَيْكَ رجلًا مِن أصحابِ رسولِ اللهِ ﷺ[٢٤] . قُلْنا : لا يَرِدُ هذا الإلْزامُ هٰهُنا ؛ فإنَّ هذا فى حُقوقِ اللهِ وحُدودِه ، ولا خَصْمَ للمُقِرِّ ، ولا للمَشْهُودِ عليه ، فليس فى تَلْقِينِه حَيْفٌ على أحَدِ الخَصْمَين ، ولا تَرْكٌ للعَدْلِ فى أحَدِ الجانِبَيْنِ ، والذى قُلْنا فى الخَصْمَيْن[٢٥] المُخْتلِفَيْن فى حَقٍّ من حقوقِ الآدَمِيِّين . ولا يَنْبغِى أنْ يتَعَنَّتَ[٢٦] الشاهِدَ ، ولا يُداخلَه / فى كلامِه ، ويُعنِّفَه فى ألْفاظِه .

١١/٢٩ظ

فصل : وإذا حضرَ القاضىَ خُصومٌ كثيرٌ[٢٧] ، قُدِّمَ الأوَّلُ فالأوَّلُ . ويَنْبَغِى أن يَبعثَ مَن يَكتبُ مَن جاءَ الأوَّلَ فالأوَّلَ ، فيُقدِّمَه . قال ابنُ المُنْذِرِ : الأحْسنُ أن يَتَّخِذَ خَيْطًا مَمْدودًا ، طَرَفُه يَلِى مَجْلِسَ الحاكِمِ ، والطَّرفُ الآخَرُ يَلِى مجلسَ الخُصومِ ، فكلُّ مَن جاءَ كَتَبَ اسمَه فى رُقْعةٍ ، وثَقَبَها ، وأدْخلَها فى الخَيْطِ ممَّا يَلِى مَجْلسَ الخُصومِ ، حتى يأْتِىَ على آخِرِهم ، فإذا جلسَ القاضى مدَّ يدَه إلى الطَّرَفِ الذى يَلِيه ، فأخذَ الرُّقْعةَ التى تَلِيه ، ثم التى بعدَها كذلك ، حتى [٢٨]تَفْرَغ الرِّقاعُ[٢٨] ، فإنْ بَقِىَ منها شىء ، وزالَ الوقتُ الذى يَقْضِى فيه ، عَرَفَ الطَّرَفَ الذى يَلِيه حين يَجْلسُ ، فيَتَناوَلُ فى المجْلسِ الثانى الرِّقاعَ ، كفِعْلِه بالأمسِ . والاعْتِبارُ بِسَبْقِ المُدَّعِى ؛ لأنَّ الحقَّ له ، ومتى قدَّمَ رجلًا بسَبْقِه[٢٩] ،

---

(٢٢) أخرجه البيهقى ، فى : باب لا ينبغى للقاضى أن يضيف الخصم إلا وخصمه معه ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١٠/١٣٧ ، ١٣٨ .

(٢٣) تقدم تخريجه ، فى : ١٢/٤٦٥ .

(٢٤) تقدم تخريجه ، فى : ١١/١٨٤ .

(٢٥) سقط من : م .

(٢٦) فى م : « يعنت » .

(٢٧) فى ب ، م : « كثيرة » .

(٢٨ - ٢٨) فى م : « يأتى على آخرها » .

(٢٩) فى م : « لسبقه » .

فحكمَ بينَه وبينَ خَصْمِه ، فقال : لى دَعْوَى أُخْرَى . لم يَسمعْ منه ؛ لأنَّه قد قدَّمه بسَبْقِهِ فى خُصومَةٍ ، فلا يقُدِّمُه بأُخْرَى ، ويقولُ له : اجْلِسْ حتى إذا لم يَبْقَ أحدٌ مِن الحاضِرِينَ ، نَظَرْتُ فى دَعوَاكَ الأُخْرَى إن[٣٠] أمْكَنَ . فإذا فَرغَ الكُلُّ ، فقالَ الأخيرُ بعدَ فصلِ خُصومَتِه : لى دَعْوَى أُخْرَى . لم يَسْمَعْ منه ، حتى يَسْمَعَ دَعْوَى الأوَّلِ الثانيةَ ، ثمَّ يَسْمَعُ دَعواه . وإن ادَّعَى المُدَّعَى عليه ، على المُدَّعِى ، حَكَمَ بينَهما ؛ لأنَّنا إنَّما نَعْتبِرُ الأَوَّلَ فالأَوَّلَ فى المُدَّعِى[٣١] ، لا فى المُدَّعَى عليه . وإذا تقدَّم الثانى ، فادَّعَى على المُدَّعِى الأوَّلِ ، أو المدَّعَى عليه الأوَّلِ ، حَكَمَ بينَهما . وإنْ حضَرَ اثْنان ، أو جَماعةٌ دَفعَةً واحدةً ، أقْرَعَ بينَهم ، فقدَّمَ مَن خرجَتْ له القُرْعةُ ؛ لتَساوِى حُقوقِهم ، وإنْ كَثُرَ عددُهم ، كتبَ أسْماءَهم فى رِقَاعٍ ، وترَكَها بين يَدَيْه ، ومدَّ يدَه فأخذَ رُقْعةً رُقْعةً ، واحدةً بعدَ أُخرَى ، ويُقدِّمُ صاحبَها حَسْبَ ما يَتَّفِقُ .

١١/٣٠و **فصل** : / فإن حضرَ مُسافرون ومُقِيمون ، وكان المسافرونَ قليلًا ، بحيثُ لا يَضُرُّ[٣٢] تَقديمُهم على المُقِيمِينَ ، قدَّمَهم ؛ لأنَّهم على جَناحِ السَّفَرِ ، ويَشْتغِلون بما يَصلُحُ للرَّحِيلِ ، وقد خَفَّفَ اللهُ عنهم الصَّوْمَ وشَطْرَ الصَّلاةِ تَخفِيفًا عنهم ، وفى تأْخيرِهم ضَرَرٌ بهم ، فإن شاءَ أفْرَدَ لهم يومًا يَفْرُغ مِن حَوائِجِهم فيه ، وإنْ شاءَ قدَّمَهم مِن غيرِ إفْرادِ يومٍ لهم . فإن كانوا كثيرًا ، بحيثُ يَضُرُّ تَقْديمُهم ، فهم والمُقِيمون سَواءٌ ، لأنَّ تَقْديمَهم مع القِلَّةِ ، إنَّما كانَ لدَفْعِ[٣٣] المَضَرَّةِ المُخْتَصَّةِ[٣٣] بهم ، فإذا آلَ دفعُ ضَرَرِهم[٣٤] إلى الضَّررِ بغيرِهم ، تَساوَوا . ولا خلافَ فى أكثرِ هذه الآدابِ ، وأنَّها ليستْ شرطًا فى صحَّةِ القَضاءِ ، فلو قدَّمَ المسْبوقَ ، أو قدَّمَ الحاضرين ، أو نحوَه ، كان قضاؤُه صَحيحًا .

فصل : وإذا تقدَّم إليه خَصْمانِ ، فإنْ شاءَ قال : مَن المُدَّعِى مِنْكما ؟ لأنَّهما حضَرا لذلك ، وإن شاءَ سَكتَ ، ويقولُ القائمُ على رأسِه : مَن المُدَّعِى منكما ؟ ان سَكَتا

---

(٣٠) فى ب : « إذ » .

(٣١) فى ب ، م : « الدعوى » .

(٣٢) فى الأصل : « يضرهم » .

(٣٣–٣٣) فى م : « الضرر المختص » .

(٣٤) فى م : « الضرر عنهم » .

جميعًا . ولا يقولُ الحاكمُ ولا صاحبُه لأحدِهما : تكلَّمْ . لأنَّ فى إفْرادِه بذلك تَفْضيلًا له ، وتَرْكًا للإنْصافِ . قال [٣٥] عمرو بنُ قيسٍ [٣٥] : شَهِدْتُ شُرَيْحًا إذا جلسَ إليه الخَصْمان ، ورجلٌ قائمٌ على رأسِه يقولُ : أيُّكما المُدَّعِى فَلْيتكلَّمْ ؟ وإنْ ذهَبَ الآخرُ يَشْغَبُ ، غَمَزَه حتى يَفرُغَ المُدَّعِى ، ثم يقولُ : تَكلَّمْ . فإن بدأ أحدُهما ، فادَّعَى ، فقال خَصْمُه : أنا المُدَّعِى . لم يَلْتفِتِ الحاكمُ إليه ، وقال : أجِبْ عن دَعْواه ، ثمَّ ادَّعِ بَعْدُ ما شئتَ . فإنِ ادَّعَيا معًا ، فقِياسُ المذهبِ أنْ يُقْرَعَ بينهما . وهو قياسُ قولِ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّ أحدَهُما ليس بأوْلَى مِن الآخَرِ ، وقد تعذَّرَ الجَمْعُ بينهما ، فيُقْرَعُ بينهما ، كالمرْأتيْنِ إذا زُفَّتا فى ليلةٍ واحدةٍ . واسْتَحسنَ ابنُ المُنْذِرِ أن يَسْمَعَ منهما جميعًا . وقِيلَ : يُرْجأُ أمرُهما حتى يَتبيَّنَ المُدَّعِى / منهما . وما ذكرْناه أوْلَى ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ الجمعُ بين الحُكْمِ فى القَضيَّتينِ معًا ، وإرْجاءُ أمرِهما إضْرارٌ بهما ، [٣٦] وفى كل ما [٣٦] ذكرْنا دَفْعٌ لِلضَّررِ [٣٧] بحَسْبِ الإمْكانِ ، وله نظيرٌ فى مَواضِعَ مِن الشَّرْعِ ، فكانَ أوْلَى . ١١/٣٠ظ

فصل : ولا يَسْمَعُ الحاكمُ الدَّعْوى إلَّا مُحَرَّرةً ، إلَّا فى الوَصِيَّةِ والإقْرارِ ؛ لأنَّ الحاكمَ يَسألُ المُدَّعَى عليه عمَّا ادَّعاه ، فإنِ اعْترفَ به لزِمَه ، ولا يُمْكِنُه أنْ تلزَمَه مجهولةً [٣٨] ، ويُفارِقُ الإقْرارَ ؛ فإنَّ الحقَّ عليه ، فلا يَسْقُطُ بتَرْكِه إثْباتَه . وإنَّما صَحَّتِ الدَّعْوَى فى الوَصِيَّةِ مجهولةً ؛ لأنَّها تصِحُّ مجهولةً ؛ فإنَّه لو وَصَّى له بشىءٍ أو سَهْمٍ صحَّ ، فلا يُمْكِنُه [٣٩] أنْ يَدَّعِيَها إلَّا مَجْهولةً كما ثبتَ ، وكذلك الإقْرارُ ، لمَّا صحَّ أنْ يُقرَّ بمجهولٍ ، صَحَّ لخَصْمِه أن يَدَّعِيَ عليه أنَّه أقرَّ له بمَجْهولٍ . إذا ثبتَ هذا ، فإنْ كان المُدَّعَى أثْمانًا ، فلا بُدَّ من ذِكرِ ثلاثةِ أشياءَ ؛ الجِنْس ، والنَّوع ، والقَدْر ، فيقولُ : عشرةُ دَنانيرَ مِصْرِيَّةٍ [٤٠] . وإن اخْتلَفَتْ بالصِّحاحِ والمُكسَّرةِ ، قال : صِحاحٌ . أو قال : مُكسَّرةٌ . وإنْ كانتِ الدَّعْوَى فى غيرِ

(٣٥ - ٣٥) فى الأصل : « عمرو بن قسر » . وفى ب ، م : « عمر بن قيس » . وانظر : أخبار القضاة ، لوكيع ٣٠٧/٢ .

(٣٦ - ٣٦) فى ب ، م : « وفيما » .

(٣٧) فى م : « الضرر » .

(٣٨) فى ب : « مجهولًا » .

(٣٩) فى ب : « يمكن » .

(٤٠) فى م : « بصرية » .

الأثمانِ ، وكانت عَيْنًا تَنْضبطُ بالصِّفاتِ ، كالحُبوبِ والثِّيابِ والحيوانِ ، احْتاجَ أن يَذْكُر الصِّفاتِ التي تُشْتَرطُ في السَّلَمِ ، وإن ذَكَرَ القيمةَ كان آكَدَ ، إلَّا أنَّ الصِّفَةَ تُغْني فيه كما تُغْني في العَقْدِ . وإن كانت جَواهِرَ ونحوَها ممَّا لا يَنْضبِطُ بالصِّفَةِ ، فلابُدَّ مِن ذِكْرِ قِيمَتِها ؛ لأنَّها لا تَنْضَبِطُ إلَّا بها . وإنْ كانَ المُدَّعَى تالِفًا ، وهو ممَّا له مِثْلٌ ، كالمَكيلِ والمَوْزونِ ، ادَّعَى مِثْلَه ، وضَبَطَه بصِفَتِه . وإن كان ممَّا لا مِثْلَ له ، كالنباتِ والحيوانِ ، ادَّعَى قِيمَتَه ؛ لأنها تَجِبُ بتَلَفِه . وإن كان التَّالِفُ شيئًا مُحَلًّى بفضَّةٍ أو بذهبٍ ، قوَّمَه بغيرِ جنسِ حِلْيَتِه ، وإن كان مُحَلًّى بذهبٍ وفِضَّةٍ ، قوَّمَه بما شاءَ منهما ؛ لأنَّه مَوْضِعُ حاجةٍ . وإن كان المُدَّعَى عَقارًا ، فلابُدَّ مِن بيانِ مَوْضِعِه[41] /وحُدودِه ، فيَدَّعِي أنَّ هذه الدارَ بحُدودِها وحُقوقِها لى ، وأنَّها في يَدِه ظُلْمًا ، وأنا أُطالِبُه برَدِّها علىَّ . وإن ادَّعَى عليه أنَّ هذه الدارَ لى ، وأنَّه يَمْنَعُنِي منها ، صحَّتِ الدَّعْوَى وإنْ لم يَقُلْ إنَّها في يَدِه ؛ لأنَّه يجوزُ أن يُنازِعَه ويَمْنَعَه وإن لم تَكُنْ في يَدِه . وإن ادَّعَى جِراحَةً لها أَرْشٌ مَعْلومٌ ، كالمُوضِحَةِ من الحرِّ ، جازَ أن يدَّعِيَ الْجِراحةَ ولا يذكرَ أرْشَها ؛ لأنَّه معلومٌ . وإن كانت مِن عبدٍ ، أو كانت مِن حرٍّ لا مُقدَّرَ فيها ، فلابُدَّ مِن ذِكْرِ أرْشِها . وإن ادَّعَى على أبيه دَيْنًا ، لم تُسْمَعِ الدَّعوَى حتى يَدَّعِيَ أنَّ أباه ماتَ ، وتركَ في [42]يَدِ ولدِه[42] مالًا ؛ لأنَّ الولدَ لا يَلْزَمُه قضاءُ دينِ والدِه ما لم يَكُنْ كذلك . ويَحْتاجُ أن يَذْكُرَ تَرِكةَ أبيه ، ويُحرِّرَها ، ويذكُرَ قَدْرَها ، كما يَصْنَعُ في قَدرِ الدَّينِ . هكذا ذكرَه القاضي . والصَّحيحُ أنَّه يحْتاجُ إلى ذِكْرِ ثلاثةِ أشياء ؛ تَحرير دَيْنِه ، ومَوت أبيه ، وأنَّه وَصلَ إليه مِن تَرِكةِ أبيه ما فيه وَفاءٌ لدَيْنِه . وإنْ قالَ : ما فيه وفاءٌ لبعضِ دَيْنِه . احْتاجَ أن يَذْكُرَ ذلك القَدْرَ . والقولُ قولُ المُدَّعَى عليه ، في نَفْيِ تَرِكةِ الأبِ مع يَمِينِه . وإن أنْكَرَ مَوْتَ أبيه ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ، ويَكْفِيه أن يحْلِفَ على نَفْيِ العِلمِ ؛ لأنَّه على نَفْيِ فعلِ الغيرِ ، وقد يَموتُ ولا يَعْلَمُ به ابنُه ، ويَكْفِيه أن يحْلِفَ أنَّه[43] ما وصلَ إليه مِن تَرِكةِ أبيه ما فيه وفاءٌ بحَقِّه[44] ، ولا شيءٌ منه ، ولا يَلْزَمُه أن يحْلِفَ أنَّ أباهُ لم يُخَلِّفْ شيئًا ؛ لأنَّه قد

(41) في م : « وضعه » .

(42 - 42) في م : « يده » .

(43) في م : « أن » .

(44) في ب ، م : « حقه » .

يُخلِّفْ تَرِكةً فلا تصِلُ إليه ، فلا يَلْزمُه الإيفاءُ منه ، فإن لم يُحْسِنِ المُدَّعِى تحريرَ الدَّعوَى ، فهل للحاكمِ أن يُلقِّنَه تحْريرَها ؟ يَحْتمِلُ وَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، يجوزُ ؛ لأنَّه لا ضرَرَ على صاحبِه فى ذلك . والثانى ، لا يَجوزُ ؛ لأنَّ فيه إعانةَ أحدِ الخَصْمَين فى حُكومَتِه .

فصل : إذا حرَّرَ المُدَّعِى دَعْواه ، فللحاكمِ أن يسْأَلَ خَصْمَه الجوابَ قبلَ أن يَطلُبَ منه المُدَّعِى / ذلك ، لأنَّ شاهدَ الحالِ يَدلُّ عليه ، لأنَّ إحْضارَه والدَّعوَى إنَّما يُرادُ لِيسْأَلَ الحاكمُ المُدَّعَى عليه ، فقد أغْنَى ذلك عن سُؤالِه ، فيقولُ لخَصْمِه : ما تقولُ فيما يدَّعيه ؟ فإن أقرَّ لَزِمَه ، وليس للحاكمِ أن يَحْكُمَ عليه إلَّا بمَسْألةِ المُقَرِّ له ؛ لأنَّ الحُكْمَ عليه حقٌّ له ، فلا يَسْتَوْفِيه إلَّا بمسألةِ مُسْتحَقِّه ، هكذا ذكَرَ أصْحابُنا . ويَحْتَمِلُ أن يجوزَ له الحكمُ عليه قبلَ مَسألةِ المُدَّعِى ؛ لأنَّ الحالَ تدُلُّ على إرادتِه ذلك ، فاكْتُفِىَ بها ، كما اكْتُفِىَ بها فى مَسْألةِ المُدَّعَى عليه الجوابَ ، ولأنَّ كثيرًا من الناس لا يَعْرِفُ مُطالَبةَ الحاكمِ بذلك ، فيَتْرُكُ مُطالبتَه به لجَهْلِه ، فيَضيعُ حقُّه ، فعلى هذا يجوزُ له الحكمُ قبلَ مَسْألتِه . وعلى القولِ الأوَّلِ ، إن سألَه الخَصْمُ فقال : احْكُمْ لى . حكمَ عليه ، والحُكْمُ أن يقولَ : قد ألْزَمْتُك ذلك ، أو قضيْتُ عليك له . أو يقولَ : اخْرُجْ له منه . فمتى قال له أحدَ هذه الثَّلاثةِ ، كان حُكْمًا بالحقِّ ، وإن أنكرَ فقال : لا حقَّ لك قِبَلى . فهذا مَوْضِعُ البَيِّنَةِ ، قال الحاكمُ : ألكَ بَيِّنةٌ ؟ لما رُوِىَ أنَّ رَجلَيْن اخْتصَما إلَى النَّبىِّ ﷺ ؛ حَضْرَمِىٌّ و كِنْدِىٌّ ، فقال الحَضْرَمِىُّ : يا رسولَ الله ، إنَّ هذا غلبَنى على أرضٍ لى . فقال الكِنْدِىُّ : هى أرْضِى ، وفى يَدِى ، فلَيس[45] له فيها حقٌّ . فقال النَّبِىُّ ﷺ للحَضْرَمِىِّ : « أَلَكَ بَيِّنَةٌ ؟ » قال : لا . قال : « فَلَكَ يَمِينُهُ »[46] . وهو حديثٌ حسنٌ صحيحٌ . وإن كان المُدَّعِى عارفًا بأنَّه مَوْضِعُ البَيِّنةِ ، فالحاكمُ مُخيَّرٌ بين أنْ يقولَ : ألك بيِّنةٌ ؟ وبين أن يسكُتَ ، فإذا قال له : ألكَ بَيِّنةٌ ؟ فذكَرَ أنَّ له بَيِّنةً حاضِرةً ، لم يَقُلْ له الحاكم : أحضِرْها . لأنَّ ذلك حقٌّ له ، [47]فله أنْ[47] يفْعلَ ما يرَى . وإذا أحْضَرَها لم يَسأَلْها الحاكمُ عمَّا عندَها حتى يسأَلَه المُدَّعِى ذلك ؛

(٤٥) فى م : « وليس » .

(٤٦) تقدم تخريجه ، فى : صفحة ٣٢ .

(٤٧ – ٤٧) سقط من : الأصل . وفى ب : « لهأن » .

لأنَّه حَقٌّ له فلا(٤٨ يسألُه ، ولا ٤٨) يَتصرَّفُ فيه مِن غيرِ إذْنِه ، فإذا سألَه المدَّعى سُؤالَها ، قال : مَن كانتْ عندَه شَهادةٌ فَلْيذكرْها(٤٩) ، إن شاءَ ؟ . ولا يقولُ لهما : اشْهَدَا . / لأنَّه أمرٌ . ٣٢/١١و وكان شُرَيْحٌ يقولُ للشاهِدَيْنِ : ما أنا دَعوتُكُما ، ولا أنها كُما أنْ تَرجِعا ، وما يَقضِي على هذا المُسْلِمِ غيرُكُما ، وإنِّي بكما أقْضِي اليومَ ، وبكما أتَّقِي يومَ القيامةِ(٥٠) . وإن رأى الحاكمُ عليهما ما يُوجِبُ رَدَّ شَهادتِهما ، ردَّها . كما رُوِىَ عن شُرَيْحٍ ، أنَّه شَهِدَ عندَه شاهِدٌ ، وعليه قَباءٌ مَخْروطُ الكُمَّينِ ، فقال له شُرَيْحٌ : أتُحْسِنُ أن تَتوضَّأَ ؟ قال : نعم . قال : فاحْسِرْ عن ذِراعَيْك . فذهبَ يَحْسِرُ عنهما ، فلم يَسْتطِعْ ، فقال له شُرَيْحٌ : قُمْ ، فلا شَهادةَ لك(٥١) . وإن أدَّيا الشَّهادةَ على غيرِ وجهِها ، مثلَ أن يَقُولا : بلَغَنا أنَّ عليه ألْفًا ، أو سَمِعْنا ذلك . رَدَّ(٥٢) شَهادتَهما . وشهِدَ رجلٌ عندَ شُرَيْحٍ ، فقال : أشهَدُ أنَّه اتَّكأ عليه بمِرْفَقِه حتى ماتَ . فقال شريحٌ : أتشْهَدُ أنَّه قتلَه ؟ قال : أشْهَدُ أنَّه اتَّكأ عليه بمِرْفَقِه حتى ماتَ . (٥٣قال : أتشْهَدُ أنَّه قتلَه ؟ قال : أشْهَدُ أنَّه اتَّكأ عليه بمِرْفَقِه حتى ماتَ ٥٣) . قال : قُمْ ، لا شَهادةَ لك(٥١) . وإن كانت شهادةً صحيحةً ، وعَرَفَ الحاكمُ عَدالتَهم ، قال للمشْهودِ عليه : قد شَهِدَا عليك ، فإن كان عندَك ما يقْدَحُ فى شَهادتِهما ، فبيِّنْهُ عندِى . فإن سألَ الإنْظارَ ، أنظرَه اليومَين والثلاثةَ . فإنْ لم يَجْرَحْ حَكمَ عليه ؛ لأنَّ الحقَّ قد وَضَحَ(٥٤) على وَجْهٍ لا إشْكالَ فيه . وإن ارْتابَ بشَهادتِهم ، فرَّقَهم ، فسأَلَ كلَّ واحدٍ عن شَهادتِه وصِفَتِها ، فيقولُ : كنتَ أوَّلَ مَن شَهِدَ ، أو كتبتَ ، أو لم تكتبْ ، وفى أىِّ مكانٍ شهِدتَ ، وفى أىِّ شهرٍ ، وأىِّ يومٍ ؟ وهل كنتَ وحدَك ، أو معكَ غيرُك ؟ فإن اخْتلَفوا ، سقَطتْ شَهادتُهم ، وإن اتَّفقُوا بحَثَ عن عَدالتِهم . ويقالُ : أوَّلُ مَن فعلَ هذا

(٤٨ - ٤٨) سقط من : الأصل .

(٤٩) فى الأصل : « فليذكر » .

(٥٠) تقدم فى صفحة ٥٢ .

(٥١) أخ ا القضاة ٢/ ٣٠١ .

(٥٢) فى ا ، ب ، م : « ردت » .

(٥٣ - ٥٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٥٤) فى ب زيادة : « له » .

دَنيالُ . ويقالُ : فعلَه سليمانُ ، وهو صَغِيرٌ . ورُوِىَ عن عليٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه، أنَّ سَبعةَ نفرٍ خرَجوا ، ففُقِدَ واحدٌ منهم ، فأتَت زَوْجتُه عليًّا ، فدَعا السِّتَّةَ ، فسألَهم عنه، فأنْكَروا ، ففرَّقَهم ، وأقامَ كلَّ واحدٍ عندَ سارِيَةٍ ، ووكَّل به[55] مَن يَحْفَظُه ، ودعَا واحدًا منهم ، فسألَه فأنكرَ ، فقال : اللهُ أكبر . فظَنَّ الباقون أنَّه قد اعْترَفَ / ، فدَعاهم ، فاعْترَفوا ، فقال للأوَّلِ : قد شَهِدُوا عليك ، وأنا قاتلُك . فاعْترَفَ ، فقتلَهم . وإن لم يَعْرِفْ عَدالتَهما ، بحَثَ عنها ، فإن لم تَثْبُتْ عَدالتُهما ، قال للْمدَّعِى : زِدْنِى شُهودًا . وإن لم[56] تكنْ له بَيِّنةٌ ، عرَّفَه الحاكمُ أنَّ لك يَمِينَه . وليس للحاكمِ أن يستَحْلِفَه قبلَ مَسْألةِ المُدَّعِى ؛ لأنَّ اليَمِينَ حَقٌّ له ، فلم يَجُزِ اسْتيفاؤُها مِن غيرِ مُطالَبةِ مُستَحقِّها ، كَنفسِ الحقِّ . فإن اسْتَحْلفَه مِن غيرِ مَسألةٍ ، أو بادرَ المُنْكِرُ فحلَفَ ، لم يُعْتَدَّ بيَمِينِه ؛ لأنَّه أتى بها فى غيرِ وَقْتِها . وإذا سألَها[57] المُدَّعِى ، أعادَها له ؛ لأنَّ الأُولَى لم تكُنْ يَمِينَه . وإن أمْسَكَ المُدَّعِى عن إحْلافِ المُدَّعَى عليه ، ثم أرادَ إحْلافَه بالدَّعْوَى المُتقدِّمةِ ، جازَ ؛ لأنَّه لم يُسْقِطْ حقَّه منها ، وإنما أخَّرَها . وإنْ قال : أبرأْتُك مِن هذه اليَمِينِ . سقطَ حَقُّه منها فى هذه الدَّعْوَى ، وله أن يَسْتأنِفَ الدَّعوَى ؛ لأنَّ حقَّه لا يَسْقُطُ بالإبْراءِ من اليَمِينِ . فإن اسْتأْنَفَ الدَّعوَى ، فأنْكَرَ المُدَّعَى عليه ، فله أن يُحَلِّفَه ؛ لأنَّ هذه الدَّعْوَى غيرُ الدَّعوَى التى أبْرأَه فيها مِن اليَمِينِ ، فإن حلفَ سقطَتِ الدَّعْوى ، ولم يكُنْ للمُدَّعِى أن يُحَلِّفَه يَمِينًا أُخْرَى ، لا فى هذا المجلسِ ، ولا فى غيرِه . وإن كان الحقُّ لجماعةٍ فرَضُوا بيَمِينٍ واحدٍ ، جازَ ، وسقَطَتْ دَعْواهم باليَمِينِ ؛ لأنَّها حقُّهم ؛ ولأنَّه لمَّا جازَ ثُبوتُ الحقِّ ببَيِّنةٍ واحدةٍ لجماعةٍ ، جازَ سُقوطُه بيَمِينٍ واحدةٍ . قال القاضى : ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَصِحَّ حتى يَحْلِفَ لكلِّ واحدٍ يَمِينًا . وهو أحدُ الوَجهيْن لأصْحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ اليَمِينَ حُجَّةٌ فى حقِّ الواحدِ ، فإذا رَضِىَ بها اثنان ، صارتِ الحُجَّةُ فى حقِّ كلِّ واحدٍ منهما ناقصةً ، والحُجَّةُ النَّاقصةُ لا تَكْمُلُ برِضَى الخَصْمِ ، كما لو رَضِىَ أن يَحْكُمَ عليه بشاهدٍ واحدٍ . والصَّحِيحُ الأوَّلُ ؛ لأنَّ الحقَّ لهما ،

١١/٣٢ظ

---

(٥٥) سقط من : ب .

(٥٦) سقط من : م .

(٥٧) فى الأصل : « سأله » .

فإذا رَضِيَا به ، جازَ ، ولا يَلْزَمُ مِن رِضاهما بيَمِينٍ واحدةٍ ، أن يكونَ لكلِّ واحدٍ بعضُ اليَمِينِ ، كما أنَّ الحقوقَ إذا قامتْ بها بيِّنةٌ واحدةٌ ، لا يكونُ لكلِّ حقٍّ بعضُ البَيِّنَةِ ، فأمَّا إنْ حلَّفَه لجميعِهم يَمِينًا واحدةً بغيرِ / رِضاهُم ، لم تَصِحَّ يَمِينُه . بلا خِلافٍ نَعْلَمُه . وقد حكَى الإِصْطَخْرِيُّ ، أنَّ إسماعيلَ بنَ إسحاقَ القاضيَ ، حلَّفَ رجلًا بحَقٍّ لرجلَيْن يَمِينًا واحدةً ، فخطَّأَه أهلُ عصرِه[٥٨] . وإن قال المُدَّعِي : لى بَيِّنَةٌ غائبةٌ . قال له الحاكمُ : لك يَمِينُه ، فإن شئتَ فاستحلِفْه ، وإن شئتَ أخَّرْتُه إلى أن تُحْضِرَ بَيِّنَتَك ، وليس لك مُطالَبتُه بكَفيلٍ ، ولا مُلازَمتُه حتى تُحْضِرَ البَيِّنَة . نصَّ عليه أحمدُ . وهو مذهبُ الشَّافعيِّ ؛ لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ : « شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ ، لَيْسَ لَكَ إِلَّا ذَلِكَ »[٥٩] . فإن أحْلَفَه[٦٠] ، ثم حضَرَتْ بيِّنَتُه ، حكَمَ بها ، ولم تكُنِ اليَمِينُ[٦١] مُزيلَةً للحقِّ ؛ لأنَّ اليَمِينَ إنَّما يُصارُ إليها عندَ عَدَمِ البيِّنَةِ ، فإذا وُجِدَتِ البَيِّنَةُ بطَلَتِ اليَمِينُ ، وتَبيَّنَ كَذِبُها . وإن قال : لى بَيِّنَةٌ حاضِرَةٌ ، وأُرِيدُ يَمِينَه ثم أُقيمُ بيِّنتى . لم يَمْلِكْ ذلك . وقال أبو يوسفَ : يَسْتَحْلِفُه ، وإن نَكَلَ قضَى عليه ؛ لأنَّ فى الاسْتِحلافِ فائدةً ، وهو أنَّه ربَّما نَكَلَ ، فقضَى عليه ، فأغْنَى عن البَيِّنَةِ . ولَنا ، قولُه عليه السلامُ : « شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ ، لَيْسَ لَكَ إِلَّا ذَلِكَ » . و « أو » للتَّخْيِيرِ بين شَيْئَيْنِ ، فلا يكونُ له الجَمْعُ بينهما ، ولأنَّه أمْكَنَ فَصْلُ الخُصومَةِ بالبَيِّنَةِ ، فلم يُشْرَعْ غيرُها مع إرادةِ المُدَّعِي إقامتَها وحُضورَها ، كما لو [٦٢] لم يَطْلُبْ [٦٢] يَمِينَه ، ولأنَّ اليَمِينَ بَدَلٌ ، فلم يَجِبِ الجمعُ بينها وبين مُبْدَلِها ، كسائرِ الأَبْدالِ مع مُبدلاتِها . وإن قال المُدَّعِي : لا أُرِيدُ إقامتَها ، وإنَّما أُرِيدُ يَمِينَه أكْتَفِى بها . اسْتُحْلِفَ ؛ لأنَّ البَيِّنَةَ حَقُّه ، فإذا رَضِىَ بإسْقاطِها ، وتَرْكِ إقامَتِها ، فله ذلك ، كنَفْسِ الحقِّ . فإن حلَفَ المُدَّعَى عليه ، ثم أرادَ المُدَّعِي إقامةَ بَيِّنَتِه ، فهل يَمْلِكُ ذلك ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن ؛ أحدهما ، له ذلك ؛ لأنَّ البَيِّنَةَ لا تَبْطُلُ بالاسْتِحْلافِ ، كما لو كانتْ غائبةً . والثانى ، ليس

(٥٨) انظر : طبقات الشافعية الكبرى ٣/٣٣٢ ، ٣٣٣ .

(٥٩) تقدم تخريجه ، فى : صفحة ٣٢ .

(٦٠) فى ب : « حلفه » .

(٦١) سقط من : م .

(٦٢–٦٢) فى الأصل : « بطلت » .

له ذلك ؛ لأنَّه قد أسْقَطَ حقَّه مِن إقامتِها ، ولأنَّ تَجْوِيزَ إقامتِها يفْتحُ بابَ الحِيلَةِ ، لأنَّه يقولُ : لا أُرِيدُ إقامتَها . ليَحْلِفَ خَصْمُه ، ثم يُقِيمُها . فإن كان له شاهدٌ واحدٌ / فى الأموالِ ، عرَّفه الحاكمُ أنَّ له أن يَحْلِفَ مع شاهِدِه ، ويَسْتحِقُّ ، فإن قال : لا أحْلِفُ أنا ، وأرْضَى بيَمِينِه . استُحْلِفَ له[٦٣] ، فإذا حلَفَ ، سقطَ الحقُّ عنه ، فإن عادَ المُدَّعِى بعدَها ، وقال : أنا أحْلِفُ مع شاهِدِى . لم يُستَحْلَفْ ، ولم يُسْمَعْ منه . ذكرَه القاضى . وهو مذهبُ الشَّافعيِّ ؛ لأنَّ اليَمِينَ فِعْلُهُ وهو قادرٌ عليها ، فأمْكنَه أن يسقِطَها ، بخِلافِ البيِّنَةِ . وإن عادَ قبلَ أن يَحْلِفَ المُدَّعَى عليه ، فبذَلَ اليَمِينَ ، فقالَ القاضى : [٦٤]لم يكُنْ[٦٤] له ذلك فى هذا المجلس . وكلُّ موضِعٍ قُلْنا : يُستَحْلَفُ المُدَّعَى عليه . فإنَّ الحاكمَ يقولُ له : إن حَلَفْتَ ، وإلَّا جَعَلْتُك ناكِلًا ، وقَضَيْتُ عليك . ثلاثًا ، فإن حلَفَ ، وإلَّا حَكَمَ عليه بنُكُولِه إذا سألَه المُدَّعِى ذلك . فإن سكَتَ عن جَوابِ الدَّعوَى ، فلم يُقِرَّ ولم يُنْكِرْ ، حبَسَه الحاكمُ حتى يُجِيبَ ، ولا يَجْعَلُه بذلك ناكِلًا . ذكرَه القاضى ، فى « المُجَرَّدِ » . وقال أبو الخَطَّابِ : يقولُ له الحاكمُ : إن أجَبْتَ ، وإلَّا جعلتُك ناكِلًا ، وحكمتُ عليك . ويُكَرِّرُ ذلك عليه ثلاثًا[٦٥] ، فإن أجابَ وإلَّا جعَلَه ناكِلًا ، وحكَمَ عليه ؛ لأنَّه ناكِلٌ عمَّا تَوَجَّه عليه الجوابُ فيه ، فيُحْكَمُ عليه بالنُّكولِ عنه ، كاليَمِينِ .

١٨٧٤ – مسألة ، قال : (وَإذَا حَكَمَ عَلَى رَجُلٍ فِى عَمَلِ غَيْرِهِ ، فَكَتَبَ بِإنْفَاذِ الْقَضَاءِ عَلَيْهِ إلَى قَاضِى ذَلِكَ الْبَلَدِ ، قَبِلَ كِتَابَهُ ، وَأخَذَ الْمَحْكُومَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ الْحَقِّ)

الأصْلُ[١] فى كتابِ القاضى إلى القاضى ، والأميرِ إلى الأميرِ ، الكتابُ والسُّنَّةُ والإجْماعُ ؛ أما الكتابُ فقولُ اللهِ تعالى : ﴿ إِنِّىٓ أُلْقِىَ إِلَىَّ كِتَـٰبٌ كَرِيمٌ * إِنَّهُۥ مِن سُلَيْمَـٰنَ وَإِنَّهُۥ بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَـٰنِ ٱلرَّحِيمِ * أَلَّا تَعْلُوا۟ عَلَىَّ وَأْتُونِى مُسْلِمِينَ ﴾[٢] . وأمَّا السُّنَّةُ ، فإنَّ

(٦٣) فى الأصل : « لها » .
(٦٤ – ٦٤) فى م : « ليس » .
(٦٥) سقط من : ب ، م .
(١) قبل هذا فى م زيادة : « ثم » .
(٢) سورة النمل ٢٩ – ٣١ .

١١/٣٣ظ

النَّبىَّ ﷺ كتبَ إلى كِسرَى ، وقَيصَرَ ، والنَّجاشىِّ ، ومُلوكِ الأطْرافِ ، وكان يَكتُبُ إلى وُلاتِه ، ويكتبُ لعُمَّالِه وسُعاتِه ، وكان فى كِتابِه / إلى قَيْصَرَ : « بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَـٰنِ الرَّحِيمِ . مِنْ مُحَمَّدٍ رَسُولِ اللهِ ، إِلَى قَيْصَرَ عَظِيمِ الرُّومِ ، أَمَّا بَعْدُ ، فَأَسْلِمْ تَسْلَمْ ، وَأَسْلِمْ يُؤْتِكَ اللهُ أَجْرًا عَظِيمًا ، فَإِنْ تَوَلَّيْتَ ، فَإِنَّ عَلَيْكَ إِثْمَ الْأَرِيسِيِّينَ[٣] ، و ﴿ يَـٰٓأَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْا إِلَىٰ كَلِمَةٍ سَوَاءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ ﴾[٤] » . ورَوَى الضَّحَّاكُ بنُ سُفيانَ ، قال : كتبَ إلىَّ رسولُ اللهِ ﷺ : « أَنْ وَرِّثِ امْرَأَةَ أَشْيَمَ الضِّبَابِىِّ مِنْ دِيَةِ زَوْجِهَا »[٥] . وأجمَعَتِ الأُمَّةُ على كتابِ القاضى إلى القاضى . ولأنَّ الحاجةَ إلى قَبُولِه داعيَةٌ ، فإنَّ مَن له حقٌّ فى بلَدٍ غيرِ بلدِه ، لا[٦] يُمْكِنُه إتْيانُه ، والمُطالَبةُ به ، إلَّا بكتابِ القاضى ، فوَجبَ قَبولُه . إذا ثبَتَ هذا ، فإنَّ كتابَ القاضى [٧] إلى القاضى [٧] يُقبلُ فى الأموالِ ، وما يُقصدُ به المالُ ، ولا يُقْبَلُ فى الحُدودِ ، لِحَقِّ[٨] اللهِ تعالى . وهل يُقْبَلُ فيما عدا هذا ؟ على وَجْهَيْن . وبهذا قال أصحابُ الرَّأْىِ . وقالَ أصْحابُ الشَّافعىِّ : يُقْبَلُ فى كلِّ حقٍّ لآدَمِىٍّ ، مِن الجِراحِ وغيرِها ، وهل يُقْبَلُ فى الحدودِ التى للهِ تعالى ؟ على قَوْلَيْنِ . وتَمامُ الكلامِ فى هذا الفصلِ يُذْكَرُ فى الشَّهادةِ على الشَّهادةِ ، إن شاءَ اللهُ تعالى . والكتابُ على ضَرْبَيْن ؛ أحدُهما ، أن يَكْتُبَ بما حَكَمَ به ، وذلك مثلُ أن يَحْكُمَ على رجلٍ بحقٍّ ، فيَغيبَ[٩] قبلَ إيفائِه ، أو يَدَّعِىَ حقًّا على غائبٍ ، ويُقيمَ به بَيِّنةً ، ويسْأَلَ الحاكمَ الحكمَ عليه ، فيَحْكُمَ عليه ، ويسأَلَه أن يكتبَ له كتابًا

١١/٣٤و

---

(٣) أى : إثم الفلاحين والزارعين ، أى : إثم رعيته .

(٤) سورة آل عمران ٦٤ .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب دعاء النبى ﷺ إلى الإسلام ... ، من كتاب الجهاد والسير ، وفى : باب : ﴿ إن الذين يشترون بعهد الله وأيمٰنهم ثمنا قليلا ... ﴾ ، فى تفسير سورة آل عمران ، من كتاب التفسير . صحيح البخارى ٤/٥٣ – ٥٧ ، ٦/٤٢ – ٤٥ . ومسلم ، فى : باب كتاب النبى ﷺ إلى هرقل يدعوه إلى الإسلام ، وباب كتب النبى ﷺ إلى ملوك الكفار يدعوهم إلى الله عز وجل . من كتاب الجهاد . صحيح مسلم ٣/١٣٩٣ ، ١٣٩٤ ، ١٣٩٧ .

(٥) تقدم تخريجه ، فى : ٩/١٨٥ .

(٦) فى م : « ولا » .

(٧ – ٧) سقط من : م .

(٨) فى م : « كحق » .

(٩) فى الأصل : « فيبعث » .

يَحْمِلُه إلى قاضى البلدِ الذى فيه الغائبُ ، فيكتبَ له إليه ، أو تقومُ البيِّنَةُ على حاضرٍ ، فيهربَ قبلَ الحُكْمِ عليه ، فيسأَلَ صاحبُ الحقِّ الحاكمَ الحُكمَ عليه ، وأنْ يَكْتبَ له كِتابًا بحُكْمِه . ففى هذه الصُّوَرِ الثّلاثِ ، يَلْزَمُ الحاكمَ إجابتُه إلى الكتابةِ ، ويَلزمُ المكتوبَ إليه قَبولُه ، سَواءٌ كانت بينهما مَسافةٌ بَعيدةٌ أو قريبةٌ ، حتى لو كانا فى جَانِبَىْ بلدٍ أو مجلسٍ ، لزِمَه قَبولُه وإمْضاؤُه ، سواءٌ كان حُكْمًا على حاضرٍ أو غائبٍ . / لا نعلمُ فى هذا خلافًا ؛ لأنَّ حُكْمَ الحاكمِ يجبُ إمْضاؤُه على كلِّ حاكمٍ . الضَّرْبُ الثانى ، أن يَكْتُبَ يُعْلِمُه[10] بشَهادةِ شاهِدَيْنِ عندَه بحقٍّ لفلانٍ ، مثل أن تقومَ البيِّنَةُ عندَه بحقٍّ لرجلٍ على آخرَ ، ولم يَحْكُمْ به ، فيسأَلُه[11] صاحبُ الحقِّ أن يَكْتُبَ له كتابًا بما حصَلَ عندَه ، فإنَّه يَكْتُبُ له أيضًا . قال القاضى : ويكونُ فى كِتابه : شَهِدَ عندى فلانٌ وفلانٌ بكذا وكذا . ليكونَ المكْتوبُ إليه هو الذى يَقْضِى به ، ولا يَكْتُبُ : ثَبتَ عندى ؛ لأنَّ قولَه : ثبتَ عندى . حُكْمٌ بشَهادتِهما ، فهذا لا يَقْبَلُه المكتوبُ إليه ، إلَّا فى المسافةِ البَعيدةِ ، التى هى مَسافةُ القَصْرِ ، ولا يَقْبَلُه[12] فيما دُونَها ؛ لأنَّه نَقْلُ شهادةٍ[13] ، فاعتُبِرَ فيه ما يُعْتَبرُ فى الشهادةِ على الشهادةِ . ونحوُ هذا قولُ الشّافعىِّ . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : يجوزُ أن يَقْبلَه فى بلدِه . وحُكِىَ عن أبى حنيفة مثلُ هذا . وقالَ بعضُ المتأخِّرين مِن أصحابِه : الذى يَقْتَضِيه مذهبُه أنَّه لا يجوزُ ، [14]كما لا يجوزُ[14] ذلك فى الشهادةِ على الشهادةِ . واحتجَّ مَن أجازَه بأنَّه كتابُ الحاكمِ بما ثَبَتَ عندَه ، فجازَ قَبولُه مع القُرْبِ ، ككتابِه بحُكْمِه . ولَنا ، أنَّ ذلك نَقْلُ الشهادةِ إلى المَكْتوبِ إليه[15] ، فلم يَجُزْ مع القُرْبِ ، كالشَّهادةِ على الشهادةِ ، ويُفارِقُ كتابَه بالحُكْمِ ؛ فإنَّ ذلك ليس بنَقْلٍ ، وإنَّما هو خَبَرٌ ، وكلُّ مَوْضعٍ يَلْزَمُه قبولُ الكتابِ ، فإنَّه يأخذُ المَحْكومَ عليه بالحقِّ الذى حكَمَ عليه به ، فيَبْعَثُ إليه ، فيَسْتَدعِيه ، فإنِ اعْتَرفَ بالحقِّ ، أمَرَه

١١/٣٤ظ

---

(١٠) فى ب ، م : « بعلمه » .

(١١) فى الأصل : « فسأله » .

(١٢) فى الأصل : « يقبل » .

(١٣) فى الأصل : « شهادته » .

(١٤ - ١٤) سقط من : م . نقل نظر .

(١٥) سقط من : الأصل .

بأدائِه ، وأَلْزَمَه إيَّاه . وإن قال : لستُ المُسَمَّى فى هذا الكتابِ . فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ، إلَّا أنْ يُقِيمَ المُدَّعِى بَيِّنَةً أنَّه المُسَمَّى فى الكتابِ . وإنِ اعْتَرفَ أنَّ هذا الاسْمَ اسْمُه ، والنَّسبَ نَسَبُه ، والصِّفَةَ صِفَتُه ، /إلَّا أنَّ الحَقَّ ليس هو عليه ، إنَّما هو على آخَرَ يُشارِكُه فى الاسْمِ والنَّسَبِ والصِّفَةِ ، فالقولُ قولُ المُدَّعِى فى نَفْيِ ذلك ؛ لأنَّ الظَّاهرَ عَدَمُ المُشاركةِ فى هذا كلِّه ، فإن أقامَ المُدَّعَى عليه بَيِّنَةً بما ادَّعاه مِن وُجودِ مُشارِكٍ له فى هذا كلِّه ، أحْضرَه الحاكمُ ، وسألَه عن الحقِّ ، فإنِ اعْترفَ به ، أَلْزَمَه به ، وتخلَّصَ الأوَّلُ ، وإنْ أنْكرَه ، وَقَفَ الحُكْمَ ، ويكْتبُ[16] إلى الحاكمِ الكاتبِ يُعْلِمُه الحالَ ، وما وقعَ من الإشْكالِ ، حتى يُحْضِرَ الشَّاهِدَيْن ، فيَشْهدا عندَه بما يتَميَّزُ به المَشْهودُ عليه منهما . وإن ادَّعَى المُسَمَّى أنَّه كان فى البلدِ مَن يُشارِكُه[17] فى الاسْمِ والصِّفَةِ ، وقد ماتَ ، نَظَرْنا ؛ فإن كان مَوْتُه قبلَ وُقوعِ المُعاملَةِ التى وقعَ الحُكمُ بها ، أو كان ممَّن لم يُعاصِرْه المَحكومُ عليه ، أو المحكومُ له ، لم يقَعْ إشْكالٌ ، وكان وُجودُه كعَدَمِه . وإن كان مَوْتُه بعدَ الحُكمِ ، أو بعدَ المُعامَلَةِ ، وكان ممَّن أمكنَ أن تَجْرِىَ بينَه وبينَ المحكومِ له معاملَةٌ ، فقد وقعَ الإشْكالُ ، كما لو كان حَيًّا ؛ لجَوازِ أن يكونَ الحقُّ على الذى ماتَ .

فصل : وإذا كتبَ الحاكمُ بثُبوتِ بَيِّنةٍ ، أو إقْرارٍ بدَينٍ ، جازَ ، وحكمَ به المكتوبُ إليه ، فأخَذَ[18] المحكومَ عليه به ، وإن كان ذلك عَيْنًا ؛ كعَقارٍ مَحْدودٍ ، أو عَيْنٍ مشهُودةٍ ، لا تَشْتبِهُ بغيرِها ، كعبدٍ معروفٍ مشهورٍ ، أو دابَّةٍ كذلك ، حكَمَ به المكتوبُ إليه أيضًا ، وألْزمَ تَسْليمَه إلى المحكومِ له به ، وإن كان عَيْنًا لا تتميَّزُ إلَّا بالصِّفَةِ ، كعبدٍ غيرِ مَشْهورٍ[19] ، أو غيرِه مِن الأعْيانِ التى لا تتميَّزُ إلَّا بالوَصْفِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا يَقبلُ كتابَه . وبه قال أبو حنيفةَ . وهو أحدُ الوَجْهَيْنِ لأصحابِ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّ الوَصْفَ لا يَكْفِى ، بدليلِ أنَّه لا يَصِحُّ أنْ يشْهدَ لرجلٍ بالوَصْفِ والتَّحْلِيةِ ، كذلك المشْهودُ به . والثانى ،

---

(١٦) فى ب ، م : « وكتب » .

(١٧) فى الأصل : « شاركه » .

(١٨) سقطت الفاء من : ب ، م .

(١٩) فى ب ، م : « مشهود » .

يجوزُ ؛ لأنّه ثبتَ فى الذِّمَّةِ بالعقْدِ /على هذه الصِّفَةِ ، فأشْبَهَ الدَّينَ ، ويُخالِفُ المشْهودَ له ، ١١/٣٥ظ
فإنّه لا حاجةَ إلى ذلك فيه ، فإنَّ الشَّهادةَ له لا تَثْبُتُ إلّا بعد دَعْواه ، ولأنَّ المشْهودَ عليه يَثْبُتُ بالصِّفَةِ والتَّحْلِيَةِ ، فكذلك المشْهودُ به . فعلى هذا الوجهِ ، يُنْفذُ العَيْنَ مَخْتومةً ، وإنْ كان عبدٌ أو أَمَةٌ خَتَمَ فى عُنُقِه ، وبعثَه إلى القاضى الكاتبِ ، لِيَشْهَدَ الشَّاهدان على عَيْنِه ، فإن شَهِدَا عليه ، دُفِعَ إلى المشْهودِ له به ، وإن لم يَشْهَدَا على عَيْنِه ، أو قال : المشْهودُ به غيرُ هذا . وجبَ على آخِذِه رَدُّه إلى صاحِبِه ، ويكونُ حُكْمُه حُكمَ المَغْصوبِ فى ضَمانِه ، وضَمانِ نَقْصِه ومَنْفَعتِه ، فيَلْزَمُه أجْرُه إن كان له أجْرٌ مِن يوم أخَذَه[٢٠] ، إلى أن يصِلَ إلى صاحِبِه ؛ لأنّه أخذَه مِن صاحِبِه قهرًا بغيرِ حقٍّ .

فصل : ومتى[٢١] استَوفَى الحقَّ مِن المَحكومِ عليه ، فقال[٢٢] للحاكِمِ عليه : اكْتُبْ لِى[٢٣] مَحْضَرًا بما جرَى ؛ لئلَّا يَلْقانى خَصْمِى فى موضعٍ آخَرَ ، فيُطالِبَنِى به مَرَّةً أُخرَى . ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، تَلْزَمُه إجابتُه ؛ لِيَخْلُصَ مِن المَحْذُورِ الذى يَخافُه . والثانى ، لا تَلْزَمُه ؛ لأنَّ الحاكمَ إنّما يَكتبُ بما ثبتَ عندَه ، أو حَكَمَ به ، فأمّا استِئنافُ ابتداءٍ ، فيَكْفِيه فيه الإِشْهادُ ، فيُطالِبُه أن يشْهَدَ على نفسِه بقَبْضِ الحقِّ ؛ لأنَّ الحقَّ ثبتَ عليه بالشَّهادةِ . والأوَّلُ أصحُّ ؛ لأنّه قد حكَمَ عليه بهذا الحقِّ ، ويَخافُ الضَّرَرَ بدُون المَحْضَرِ ، فأشْبَهَ ما حكَمَ به ابْتداءً . وإن طالبَ المحكومُ له بدَفْعِ الكتابِ الذى ثبتَ به الحقُّ ، لم يَلْزَمْه دَفْعُه إليه ؛ لأنّه مِلْكُه ، فلا يَجبُ عليه دَفْعُه إلى غيرِه . وكذلك كلُّ مَن له كتابٌ بدَيْنٍ ، فاستَوْفاه ، أو عَقارٌ فباعَه ، لا يَلْزَمُه دَفْعُ الكتابِ ؛ لأنّه مِلْكُه ؛ ولأنّه يجوزُ أن يَخْرُجَ ما قبضَه مُسْتحَقًّا ، فيعودَ إلى مالِه .

فصل : ويُقْبَلُ الكتابُ مِن قاضى مِصرٍ إلى قاضى مِصرٍ ، وإلى قاضى قريةٍ ، ومِن قاضى قريةٍ إلى قاضى قريةٍ ، وقاضى مِصرٍ . ومن القاضى إلى خَليفتِه ، ومِن خَليفتِه إليه ؛ لأنّه

---

(٢٠) فى ب : « يأخذه » .

(٢١) فى الأصل ، م : « ومن » .

(٢٢) أى : المحكوم عليه .

(٢٣) سقط من : الأصل .

١١/٣٦و كتابٌ /مِن قاضٍ إلى قاضٍ ، فأشْبَهَ مالو اسْتَوَيا . ويجوزُ أنْ يَكْتُبَ إلى قاضٍ مُعَيَّنٍ ، وإلى مَن وَصلَه كتابِي مِن قُضاةِ المُسلمين وحُكَّامِهم ، مِن غيرِ تَعْيِينٍ ، ويَلْزَمُ مَن وَصلَه قَبُولُه . وبهذا قال أبو ثَوْرٍ . واسْتَحْسنَه أبو يوسفَ . وقال أبو حنيفةَ : لا يجوزُ أن يَكْتُبَ إلى غيرِ مُعَيَّنٍ . ولَنا ، أنَّه كتابُ حاكِمٍ مِن ولايتِه ، وَصَلَ إلى حاكِمٍ ، فلَزِمَه قبولُه ، كما لو كان الكتابُ إليه بعَيْنِه .

فصل : وصِفَةُ الكتابِ : بسم الله الرحمن الرحيم . سببُ [٢٤]هذه المُكاتَبَةِ[٢٤] ، أطالَ اللهُ بقاءَ مَن يَصِلُ إليه مِن قُضاةِ المُسلمين وحُكَّامِهم ، أنَّه ثَبتَ عندِى فى مَجْلسِ حُكْمِى وقَضائِى ، الذى أتولَّاه بمكانِ كذا . وإن كان نائبًا ، قال : الذى أنوبُ فيه عن القاضى فلانٍ ، بمَحْضَرٍ مِن خَصْمَيْن ؛ مُدَّعٍ ، ومُدَّعًى عليه ، جازَ اسْتِماعُ الدَّعوَى منهما ، وقَبولُ البَيِّنَةِ من أحدِهما على الآخرِ ، بشَهادةِ فُلانٍ وفلانٍ ، وهما مِن الشُّهودِ المُعدَّلِينَ عندِى ، عَرَفْتُهما ، وقَبِلْتُ شَهادتَهما ، بما رأيتُ معه قبولَها مَعْرِفَةَ فُلانِ بنِ فلانٍ الفُلانىِّ ، بعَيْنِه واسْمِه ونسبِه . فإن كان فى إثباتِ أسْرِ أسيرٍ قال : وإنَّ الفِرنْجَ ، خَذَلَهم اللهُ ، أسَرُوه[٢٥] من مكان[٢٥] كذا ، فى وقتِ كذا ، وأخَذوه إلى مكان كذا ، وهو مُقيمٌ تحتَ حَوْطَتِهم ، أبادَهم اللهُ ، وأنَّه رجلٌ فقيرٌ مِن فُقراءِ المسلمين ، ليس له شىءٌ مِن الدُّنيا ، ولا يَقْدِرُ على فِكاكِ نَفْسِه ، ولا على شىءٍ منه ، وأنَّه مُسْتَحِقٌّ للصَّدقةِ ، على ما يَقْتضيه كتابُ المَحْضَرِ المُشارُ إليه ، المتَّصِلُ أولُه بآخرِ كِتابِى هذا ، المُؤرَّخُ بكذا . وإن كانَ فى إثْباتِ دَينٍ كتبَ : وأنه اسْتحقَّ فى ذِمَّةِ فُلانِ بن فُلانٍ الفلانىِّ - ويَرْفَعُ فى نسبِه ، ويَصِفُه بما يتميَّزُ به - مِن الدَّين كذا وكذا ، دَيْنًا عليه حالًا ، وحقًّا واجبًا لازمًا ، وأنَّه يَسْتحِقُّ مُطالبتَه

١١/٣٦ظ واسْتيفاءَه منه . وإن كان / فى إثْباتِ عَيْنٍ ، كتبَ : وأنَّه مالكٌ لما فى يَدىْ فُلانٍ من الشَّىءِ الفُلانىِّ - ويَصِفُه صفةً يتميَّزُ بها - مُسْتَحِقٌّ لأخْذِه وتسْليمِه[٢٦] ، على ما يَقتضيه كتابُ المَحْضَرِ المتَّصِلُ بآخرِ كتابِى هذا ، المُؤرَّخُ بتاريخ كذا ، وقالَ الشَّاهدان المذكوران :

(٢٤ - ٢٤) فى م : « هذا الكتاب » .

(٢٥ - ٢٥) فى م : « بمكان » .

(٢٦) فى الأصل : « وتسلمه » .

إنَّهما بما شَهِدَا به عالِمان ، وله مُحققان ، وإنَّهما لا يَعْلمان خلافَ ما شَهِدَا به إلى حينَ أقاما الشَّهادةَ عندِى ، فأمْضَيْتُ ما ثبتَ عندِى مِن ذلك ، وحكَمْتُ بمُوجِبه بسُؤالِ مَن جازَتْ مسألتُه ، وسألَنى مَن جازَ سؤالُه ، وسوَّغَتِ الشَّريعةُ المطهَّرةُ إجابتَه المكاتبةَ بذلك إلى القُضاةِ والحُكَّامِ ، فأجَبْتُه[٢٧] إلى مُلْتمَسِه ؛ لجَوازِه له شرعًا ، وتقدَّمْتُ بهذا الكتابِ فكُتِبَ ، وبإلْصاقِ المَحْضَرِ المُشارِ إليه فألْصِقَ ، فمَن وَقفَ عليه[٢٨] منهم ، وتأمَّلَ ما ذكَرْتُه ، وتصَفَّحَ ما سَطَّرْتُه ، واعْتَمَدَ فى إنْفاذِه والعملِ بمُوجَبِ ما يُوجِبُه الشَّرعُ المُطَهَّرُ ، أحرزَ مِن الأجْرِ أجْزَلَه . وكَتبَ من مَجْلسِ الحُكمِ المَحْروسِ ، مِن مكانِ كذا ، فى وقتِ كذا . ولا يُشْتَرطُ أن يَذْكُرَ القاضى اسمَه فى العُنوانِ ، ولا ذِكْرُ اسمِ المَكتوبِ إليه فى باطنِه . وبهذا قال الشَّافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : إذا لم يَذْكُر اسمَه ، فلا يُقْبَلُ ؛ لأنَّ الكتابَ ليس إليه ، ولا يَكْفِى ذكرُ اسْمِه فى العُنوانِ دونَ باطنِه ؛ لأنَّ ذلك لم يَقَعْ على وَجْهِ المُخاطَبةِ . ولَنا ، أنَّ المُعَوَّلَ فيه على شَهادةِ الشَّاهِدَيْنِ على القاضى الكاتبِ بالحُكْمِ ، وذلك لا يَقْدَحُ فيها[٢٩] ، ولو ضاعَ الكتابُ أو امْتَحَى ، سُمِعَتْ شَهادتُهما ، وحُكِمَ بها .

١٨٧٥ ـ مسألة ، قال : (**وَلَا يُقْبَلُ الْكِتَابُ إلَّا بِشَهَادَةِ عَدْلَيْنِ يَقُولَانِ : قَرَأَهُ عَلَيْنَا ، أَوْ قُرِئَ عَلَيْهِ بِحَضْرَتِنَا ، فَقَالَ : اشْهَدَا عَلَى أَنَّهُ كِتَابِى إلَى فُلَانٍ**)

وجملتُه أنَّه يُشْتَرطُ لقَبولِ كتابِ القاضِى شُروطٌ ثَلاثةٌ ؛ أحدُها ، أنْ يَشهدَ به شاهدانِ عَدْلانِ ، ولا يَكْفِى معرفةُ المكتوبِ / إليه خطَّ الكاتبِ ، وخَتْمَه ، ولا يَجوزُ له قَبولُه بذلك ، فى قولِ أئمَّةِ الفَتْوَى . وحُكِىَ عن الحسنِ ، وسَوَّارٍ ، والعَنْبَرىِّ ، أنهم قالوا : إذا كان يَعْرِفُ خَطَّه وخَتْمَه ، قبِلَه . وهو قولُ أبى ثَوْرٍ ، والإصْطَخْرِىِّ . ويَتخرَّجُ لنا مِثْلُه بناءً على قولِه فى الوَصِيَّةِ إذا وُجِدَتْ بخَطِّه ؛ لأنَّ ذلك تَحْصُلُ به غَلَبَةُ الظَّنِّ ، فأشْبَهَ شَهادةَ

١١/٣٧و

---

(٢٧) فى ب ، م : « فأوجبته » .

(٢٨) فى م : « عليهم » .

(٢٩) سقط من : الأصل ، ب .

الشَّاهِدَيْنِ . ولَنا ، أنَّ ما أمْكَنَ إثباتُه بالشَّهادةِ، لم يَجُزِ الاقْتصارُ فيه على الظَّاهِرِ ، كإثْباتِ العُقودِ ؛ ولأنَّ الخَطَّ يُشْبِهُ الخَطَّ ، والخَتْمَ يُمْكِنُ التَّزويرُ عليه ، ويُمْكِنُ الرُّجوعُ إلى الشَّهادةِ ، فلم يُعوَّلْ على الخَطِّ ، كالشَّاهِدِ لا يُعَوِّلُ فى الشَّهادةِ على الخَطِّ ، وفى هذا انْفِصالٌ عمَّا ذَكَرُوه . إذا ثبتَ هذا ، فإنَّ القاضىَ إذا كتبَ الكتابَ ، دَعَا رجلَيْنِ يَخْرُجان إلى البَلَدِ الذى فيه القاضى المكتوبُ إليه ، فيَقْرَأُ عليهما[1] الكتابَ ، أو يَقرؤُه غيرُه عليهما ، والأحْوطُ أنْ يَنْظُرَا معه فيما يَقرؤُه ، فإن لم يَنظُرا ، جازَ ؛ لأنَّه لا يَسْتَقْرِئُ إلَّا ثِقَةً ، فإذا قُرِئَ عليهما قالَ : اشْهَدَا[2] علىَّ أنَّ هذا كِتابى إلى فُلانٍ . وإنْ قال : اشْهَدا علىَّ بما فيه . كان أوْلَى ، وإنِ اقْتصرَ على قولِه : هذا كِتابى إلى فُلانٍ . فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّه لا يُجْزِئُ ؛ لأنَّه يُحمِّلُهما الشَّهادةَ ، فاعْتُبِرَ فيه أنْ يَقولَ : اشْهَدَا علىَّ . كالشَّهادةِ على الشَّهادةِ . وقال القاضى : يُجزِئُ . وهو مذهبُ الشَّافعىِّ . ثم إنْ كان ما فى الكتابِ قليلًا ، اعْتمدَا[3] على حِفْظِه ، وإنْ كَثُرَ فلم يَقْدِرا على حِفظِه ، كتَبَ كلُّ واحدٍ منهما مَضْمُونَه ، وقابَلَ بها لتكونَ معه ، يذكرُ بها ما يَشْهَدُ به ، ويَقْبِضَانِ[4] الكِتابَ قبلَ أن يَغِيبا ؛ لئلَّا يَدْفَعَ إليهما غيرَه ، فإذا وصلَ الكتابُ معهما إليه ، قرأَه الحاكمُ أو غيرُه عليهما ، فإذا سَمِعاه قالا : نَشهدُ أنَّ هذا كتابُ فلانٍ القاضى إليك ، أشْهَدَنا على نَفْسِه بما فيه . لأنَّه قد يكونُ / كتابُه غيرَ الذى ١١/٣٧ظ أشْهدَهما عليه . قال أبو الخَطَّابِ : ولا يُقْبَلُ إلَّا أنْ يَقولا : نَشْهَدُ أنَّ هذا كتابُ فلانٍ . لأنَّها أداءُ شَهادةٍ ، فلا بُدَّ فيها مِن لفظِ الشَّهادةِ . ويجبُ أن يَقُولا : مِن عَمَلِه . لأنَّ الكتابَ لا يُقْبَلُ إلَّا إذا وَصلَ مِن مَجْلسِ عَمَلِه . وسواءٌ وصَلَ الكتابُ مَخْتُومًا أو غيرَ مَخْتومٍ ، مَقبولًا أو غيرَ مَقْبُولٍ ؛ لأنَّ الاعْتِمادَ على شَهادتِهما ، لا على الخطِّ والخَتْمِ . فإنِ امْتحَى الكتابُ ، وكانا يَحْفَظانِ ما فيه ، جازَ لهما أنْ يشْهَدا بذلك ، وإن لم يحفَظا ما فيه ، لم تُمْكِنْهما الشهادةُ . وقال أبو حنيفةَ ، وأبو ثَوْرٍ : لا يُقْبَلُ الكتابُ حتى يشْهدَ شاهدان على خَتْمِ القاضى . ولَنا ، أنَّ النَّبىَّ ﷺ كتبَ كِتابًا إلى قَيْصَرَ ، ولم يَخْتِمْه ، فقِيلَ له : إنَّه لا يَقْرَأُ كتابًا غيرَ

---

(١) فى الأصل : « عليه » .

(٢) فى الأصل : « اشهدوا » .

(٣) فى ب ، م : « اعتمد » .

(٤) فى الأصل ، ا : « ويفتضان » .

مَخْتُومٍ. فاتَّخذَ الخاتَمَ[٥] . واقْتصارُه على الكِتابِ دونَ الخَتْمِ ، دليلٌ على أنَّ الخَتْمَ ليس بشَرْطٍ فى القَبولِ ، وإنَّما فعلَه النَّبىُّ ﷺ ليقرَأُوا كتابَه ، ولأنَّهما شَهِدَا بما فى الكتابِ وعَرَفا ما فيه ، فوجَبَ قَبولُه ، كما لو وَصلَ مَخْتُومًا وشَهِدَا بالخَتْمِ . إذا ثبتَ هذا ، فإنَّه إنما يُعْتَبَرُ ضَبْطُهما لمعنَى الكتابِ ، وما يتعلَّقُ به الحُكْمُ . قال الأَثْرَمُ : سمِعتُ أبا عبدِ اللهِ يُسْأَلُ عن قومٍ شهِدُوا على صحيفةٍ ، وبعضُهم يَنْظُرُ فيها ، وبعضُهم لا يَنْظُرُ ؟ قال : إذا حفِظَ فَلْيَشْهَدْ . قِيلَ : كيف يَحْفَظُ ، وهو كلامٌ كثيرٌ ! قال : يَحْفَظُ ما كانَ عليه الكلامُ والوَضْعُ . قُلْتُ : يَحْفَظُ المعنَى ؟ قال : نعم . قيل له : والحدودَ والثَّمنَ وأشْباهَ ذلك ؟ قال : نعم . ولو أدرجَ الكتابَ وختَمَه ، وقال[٦] : هذا كِتابى ، اشْهَدَا[٧] علىَّ بما فيه . أو قال[٨] : أشْهَدْتُكما على نفسِى بما فيه . لم يصِحَّ هذا التَّحمُّلُ . وبه قالَ أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ . وقال أبو يوسفَ : إذا خَتَمَه بخَتْمِه وعُنْوانِه ، جازَ أن يتحمَّلا[٩] الشَّهادةَ عليه مُدْرَجًا ، فإذا وصلَ الكتابُ شَهِدَا عندَه أنَّه كتابُ فُلانٍ . ويَتَخَرَّجُ لنا مثلُ هذا ؛ / لأنَّهما شَهِدَا بما فى الكتابِ ، فجازَ ، وإنْ لم يعْرِفا[١٠] تفصيلَه ، كما لو شَهِدَا[١١] بما فى هذا الكِيسِ من الدَّراهِمِ ، جازت شهادَتُهما[١٢] ، وإن لم يَعْرِفا قَدْرَها . ولَنا ، أنَّهما شَهِدَا بمَجْهولٍ لا يَعْلَمانِه ، فلم تَصِحَّ شهادتُهما ، كما لو شَهِدَا أنَّ لفُلانٍ على فُلانٍ مالًا . وفارَقَ ما ذكرَه ، فإنَّ تَعْيِينَه الدَّراهِمَ التى فى الكِيسِ أغْنَى عن مَعْرِفةِ قَدْرِها ، وههُنا الشهادةُ على ما فى الكتابِ دُونَ الكتابِ ، وهما لا يَعْرِفانِه . الشَّرْطُ الثانى ، أن يَكْتُبَه القاضى مِن مَوْضعِ وِلَايتِه وعَمَلِه[١٣] ، فإن كتَبَه مِن غيرِ وِلَايتِه ، لم يَسُغْ قَبولُه ؛ لأنَّه لا يسوغُ له فى غيرِ وِلايتِه حُكْمٌ ، فهو فيه

١١/٣٨و

---

(٥) انظر : ما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى اتخاذ الخاتم ، من كتاب الخاتم . سنن أبى داود ٢/٤٠٥ .

(٦) سقطت الواو من : م .

(٧) فى الأصل : « اشهدوا » .

(٨) فى ب ، م : « قد » .

(٩) فى الأصل : « يتحمل » .

(١٠) فى ب ، م : « يعلما » .

(١١) فى م زيادة : « لرجل » .

(١٢) فى م : « الشهادة » .

(١٣) فى م : « وحكمه » .

كالعامِّىِّ . الشرطُ الثالثُ ، أنْ يصِلَ الكِتابُ إلى المكتوبِ إليه فى مَوْضِعِ وِلَايَتِه ، فإن وصَلَه فى غيرِه ، لم يكُنْ له قَبولُه حتى يصِيرَ إلى مَوْضِعِ وِلَايَتِه . ولو تَرافَعَ إليه خَصْمانِ فى غيرِ موضعِ وِلَايَتِه ، لم يكُنْ له الحكمُ بينَهما بحُكمِ وِلَايَتِه ، إلَّا أن يَتراضَيا به ، فيكونَ حكمُه حكمَ غيرِ القاضى إذا تَراضَيا به ، وسواءٌ كان الخَصْمانِ مِن أهلِ عمَلِه أو لم يَكُونا . ولو ترافعَ إليه خَصْمانِ ، وهو فى مَوْضِعِ وِلَايَتِه ، مِن غيرِ أهلِ وِلايتِه ، كان له الحكمُ بينَهما ؛ لأنَّ الاعْتِبارَ بمَوْضعِهما ، إلَّا أنْ يأْذَنَ الإمامُ لقاضٍ أنْ يحْكُمَ بين أهلِ وِلايتِه حيثُ كانوا ، ويمْنعَه مِن الحكمِ بينَ غيرِ أهلِ وِلَايَتِه حيثُما كان ، فيكونَ الأمرُ على ما أذِنَ فيه ومَنعَ منه ؛ لأنَّ الوِلايَةَ بتَوْلِيَتِه ، فيكونُ الحُكْمُ على وَفْقِها .

فصل : فى تَغْيِيرِ حالِ القاضى : ولا يَخْلُو مِن أنْ يَتغيَّرَ حالُ الكاتبِ أو المكتوبِ إليه ، أو حالُهما معًا ، فإن تغيَّرتْ حالُ الكاتبِ ، بمَوتٍ أو عزلٍ ، بعدَ أن كَتبَ الكِتابَ ، وأشْهدَ على نفسِه ، لم يقْدَحْ فى كتابِه ، وكان على مَن وصَلَه الكتابُ قَبولُه ، والعملُ به ، سَواءٌ تغيَّرتْ حالُه قبلَ خُروجِ الكِتابِ مِن يَدِه ، أو بعدَه . وبهذا قال الشَّافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يُعْمَلُ به فى الحالَيْن . وقال / أبو يوسفَ : إنْ ماتَ قبلَ خُروجِه مِن يَدِه ، لم يُعْمَلْ به ، وإن ماتَ بعدَ خُروجِه مِن يَدِه ، عُمِلَ به ؛ لأنَّ كِتابَ الحاكمِ بمَنْزِلةِ الشَّهادةِ (١٤على الشَّهادةِ١٤) ، لأنَّه يَنْقُلُ شهادةَ شاهِدَىِ الأصْلِ ، فإذا ماتَ قبلَ وُصولِ الكِتابِ ، صارَ بمَنْزِلةِ مَوْتِ شاهِدَىِ الفَرْعِ قبلَ أداءِ شَهادَتِهما . ولَنا ، أنَّ المُعَوَّلَ فى الكتابِ على الشاهِدَيْن اللَّذين يَشْهدان على الحاكمِ وهما حَيَّانِ ، فيجبُ أن يُقْبَلَ كتابُه ، كما لو لم يَمُتْ ، ولأنَّ كتابَه إنْ كان فيما حَكَمَ به ، فحُكْمُه لا يَبْطُلُ بمَوْتِه وعَزْلِه ، وإنْ كانَ فيما ثَبتَ(١٥) عندَه بشَهادةٍ ، فهو أصْلٌ ، واللَّذان شَهِدَا عليه فَرْعٌ ، ولا تَبْطُلُ شَهادةُ الفرعِ بمَوتِ شاهِدِ الأصلِ ، وما ذكَرُوه حُجَّةٌ عليهم ؛ لأنَّ الحاكمَ قد أشْهدَ على نفسِه ، وإنما يَشْهدُ عندَ المكتوبِ إليه شاهِدَان عليه ، وهما حَيَّان ، وهما شاهِدَا الفَرعِ ، وليس موتُه مانِعًا مِن شَهادتِهما ، فلا يَمْنَعُ قَبولَها ، كمَوْتِ شاهِدَىِ الأصْلِ . وإن تغيَّرتْ حالُه

١١/٣٨ظ

(١٤-١٤) سقط من : ب .

(١٥) فى الأصل : « يثبت » .

بِفِسْقٍ قبْلَ الحُكمِ بكتابتِه ، لم يَجزِ الحُكمُ به ؛ لأنَّ حُكْمَه بعد فِسْقِه لا يصِحُّ ، فكذلك لا يجوزُ الحكمُ بكتابِه ، ولأنَّ بقاءَ عدالةِ شاهِدَىِ الأصلِ شَرْطٌ فى صِحَّةِ الحُكمِ بشاهِدَىِ الفَرْعِ ، فكذلك بَقاءُ عدالةِ الحاكمِ ؛ لأنَّه بمَنْزِلةِ شاهِدَىِ الأصلِ . وإن فسَقَ بعدَ الحُكمِ بكتابِه لم يتغيَّرْ ، كما لو حكمَ بشىءٍ ثم بانَ فِسْقُه ، فإنَّه لا يُنْقَضُ ما مَضَى من أحْكامِه ، كهذا هُهُنا . وأمَّا إن تغيَّرتْ حالُ المكتوبِ إليه بأىِّ حالٍ كان ؛ من موتٍ ، أو عَزْلٍ ، أو فِسْقٍ ، فلِمَن وصلَ إليه الكتابُ ممَّن قامَ مَقامَه ، قَبولُ الكِتابِ ، والعملُ به . وبه قال الحسنُ . حُكىَ عنه أنَّ قاضِىَ الكوفةِ كتبَ إلى إياسِ بنِ مُعاويةَ قاضى البصرةِ[16] كتابًا ، فوصلَ وقد عُزِلَ ، ووَلِىَ الحسنُ ، فعَمِلَ به[17] . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَعْمَلُ به ؛ لأنَّ كتابَ القاضى بمَنْزِلةِ الشَّهادةِ على الشَّهادةِ عندَ المَكتوبِ إليه ، / وإذا شهِدَ شاهِدان عندَ قاضٍ ، لم يَحْكُمْ بشَهادتِهما غيرُه . ولَنا ، أنَّ المُعَوَّلَ على شَهادةِ الشَّاهِدَيْن ، بحُكْمِ الأوَّلِ ، أو ثُبوتِ الشَّهادةِ عندَه ، وقد شَهِدَا عندَ الثانى ، فوجَبَ أن يقْبَلَ كالأوَّلِ . وقولُهم : إنَّه شَهادةٌ عندَ الذى ماتَ . ليس بصَحِيحٍ ؛ فإنَّ الحاكمَ الكاتبَ ليس بفَرْعٍ ، ولو كانَ فَرْعًا لم يُقْبَلْ وَحْدَه ، وإنَّما الفَرْعُ الشاهدان اللَّذان شَهِدَا عليه ، وقد أدَّيا الشَّهادةَ عندَ المُتَجدِّدِ[18] ، ولو ضاعَ الكِتابُ ، فشَهِدَا بذلك عندَ الحاكمِ المكتوبِ إليه ، قَبِلَ ، فدلَّ ذلك على أنَّ الاعْتِبارَ بشَهادتِهما دون الكتابِ ، وقياسُ ما ذكَرْناه ، أنَّ الشاهِدَيْن لو حَمَلا الكتابَ إلى غيرِ المكتوبِ إليه فى حالِ حياتِه ، وشَهِدَا عندَه ، عَمِلَ به ؛ لِمَا بَيَّنَّاه . وإنْ كانَ المكتوبُ إليه خليفةً للكاتبِ ، فماتَ الكاتبُ ، أو عُزِلَ ، انْعزلَ المكتوبُ إليه ؛ لأنَّه نائبٌ عنه ، فيَنْعزِلُ[19] بعَزْلِه ومَوْتِه ، كوُكَلائِه[20] . وقال بعضُ أصحابِ الشَّافعىِّ : لا يَنْعزِلُ خليفتُه ، كما لا يَنْعزِلُ القاضى الأصْلِىُّ بمَوْتِ الإمامِ ، ولا عزْلِه . ولَنا ، ما ذكَرْناه ، ويُفارِقُ الإمامَ ؛ لأنَّ الإمامَ يَعْقِدُ القَضاءَ والإمارةَ للمسلمين ،

١١/٣٩و

---

(١٦) فى م زيادة : « كتب » .

(١٧) الخبر فى : أخبار القضاة ، لوكيع ٢/٨ .

(١٨) فى الأصل : « المجدد » .

(١٩) فى الأصل : « فيعزل » .

(٢٠) فى ب ، م : « كولائه » .

فلا[٢١] يَبطُلُ ما عقدَه لغيرِه ، كما لو ماتَ الوَلِىُّ فى النِّكاحِ ، لم يَبْطُلِ النِّكاحُ ، ولهذا ليسَ للإمامِ أنْ يَعزِلَ القاضىَ مِن غيرِ تغيُّرِ حالِه ، ولا يَنْعزِلُ إذا عَزَلَه ، بخلافِ نائبِ الحاكِمِ ، فإنَّه تَنْعقِدُ وِلايتُه لنفسِه نائبًا عنه ، فملَكَ عَزْلَه ، ولأنَّ القاضىَ لو انعْزَلَ بموْتِ الإمامِ ، لَدَخَلَ الضَّررُ على المسلمين ؛ لأنَّه يُفضِى إلى عَزْلِ القُضاةِ فى جميعِ بلادِ المسلمين ، وتَتعطَّلُ الأحْكامُ ، وإذا ثبتَ أنَّه[٢٢] يَنعزِلُ ، فليسَ له قَبولُ الكتابِ ؛ لأنَّه حينئذٍ ليس بقاضٍ .

١٨٧٦ ــ مسألة ؛ قال : (**وَلَا تُقْبَلُ التَّرْجَمَةُ عَنْ أَعْجَمِىٍّ حَاكَمَ[١] إِلَيْهِ ، إِذَا لَمْ يَعْرِفْ لِسَانَهُ ، إِلَّا مِنْ عَدْلَيْنِ يَعْرِفَانِ لِسَانَهُ**)

١١/٣٩ظ وجملتُه / أنَّه إذا تَحاكَمَ إلى القاضى العَربىِّ أعْجَمِيَّان ، لا يَعْرِفُ لسانَهما ، أو أعْجَمِىٌّ وَعَربىٌّ ، فلابُدَّ مِن مُتَرْجِمٍ عنهما . ولا تُقبلُ التَّرجمةُ إلَّا مِن اثْنين عَدْلَين . وبهذا قال الشافعىُّ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخرَى ، أنَّها تُقْبلُ مِن واحدٍ . وهو اخْتيارُ أبى بكرٍ عبدِ العزيزِ ، وابنِ المُنْذِرِ ، وقولُ أبى حنيفةَ . وقال ابنُ المُنْذِرِ ، فى حديثِ زيدِ بنِ ثابتٍ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ أمرَه أنْ يتعلَّمَ كتابَ يَهودَ . قال : فكنتُ أكْتُبُ له إذا كتبَ إليهم ، وأقْرأُ له إذا كَتبُوا[٢] . ولأنَّه ممَّا لا يَفْتَقِرُ إلى لفظِ الشَّهادةِ ، فأجزأَ فيه الواحدُ ، كأخْبارِ الدِّياناتِ . ولَنا ، أنَّه نَقْلُ ما خَفِىَ على الحاكِمِ إليه ، فيما يتعلَّقُ بالمُتخاصِمَيْنِ ، فوَجَبَ فيه العَدَدُ ، كالشَّهادةِ ، ويُفارِقُ أخْبارَ الدِّياناتِ ؛ فإنَّها[٣] لا تتعلَّقُ بالمُتخاصِمَين ، ولا نُسلِّمُ أنَّه لا يُعْتَبرُ فيه لفظُ الشهادةِ ، ولأنَّ ما لا يَفهمُه الحاكمُ وجُودُه عِنْدَه كغَيْبتِه[٤] ، فإذا تُرْجِمَ له ، كان كنَقْلِ الإقْرارِ إليه مِن غيرِ مَجْلِسِه ، ولا يُقْبَلُ ذلك إلَّا مِن شاهِدَيْن ، كذا هٰهُنا . فعلى

---

(٢١) فى ب ، م : « فلم » .

(٢٢) فى م زيادة : « لا » .

(١) فى م : « تحاكم » .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب ترجمة الحكام ، من كتاب الأحكام . صحيح البخارى ٩/٩٤ .

(٣) فى الأصل ، ا : « لأنها » .

(٤) فى م : « كعدمه » .

هذه الرِّوايةِ ، تكونُ التَّرجمةُ شَهادةً فتفتَقِرُ[5] إلى العَدَدِ والعَدالةِ ، ويُعْتَبَرُ فيها مِن[6] الشُّروطِ ما يُعْتَبَرُ فى الشَّهادةِ على الإِقْرارِ بذلك الحقِّ ، فإن كانَ ممَّا يتعلَّقُ بالحُدودِ والقصاصِ ، اعتُبِرَ فيه الحُرِّيَّةُ ، ولم يَكْفِ إلَّا شاهِدَانِ ذَكَرانِ . وإن كانَ مالًا[7] كفَى فيه تَرْجَمةُ رجلٍ وامرأتيْنِ ، ولم تُعْتَبرِ الحُرِّيَّةُ فيه . وإن كانَ فى حدِّ زِنًى ، خُرِّجَ فى التَّرْجَمةِ فيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا يَكْفِى فيه أقلُّ مِن أربعةِ رجالٍ أحْرارٍ عُدُولٍ . والثانى ، يَكْفِى فيه اثنان ؛ بناءً على الرِّوايتَيْنِ فى الشَّهادةِ على الإقْرارِ به[6] ، ويُعْتَبَرُ فيه لفظُ الشَّهادةِ ؛ لأنَّه شَهادةٌ . وإن قُلْنا : يَكْفِى فيه واحدٌ . فلابُدَّ مِن عَدالَتِه ، ولا تُقْبَلُ مِن كافرٍ ولا فاسِقٍ . وتُقْبَلُ مِن العبدِ ؛ لأنَّه / مِن أهلِ الشَّهادةِ والرِّوايةِ . وقال أبو حنيفةَ : لا تُقْبَلُ مِن العبدِ ؛ لأنَّه ليس مِن أهلِ الشَّهادةِ . ولَنا ، أنَّه خَبَرٌ يَكْفِى فيه قولُ الواحِدِ ، فيُقْبَلُ فيه خبرُ العبدِ ، كأخْبارِ الدِّياناتِ ، ولا نُسلِّمُ أنَّ هذه شهادةٌ ، ولا أنَّ العبدَ ليس مِن أهلِ الشهادةِ ، ولا يُعْتَبَرُ فيه لفظُ الشَّهادةِ ، كالرِّوايةِ . وعلى هذا الأصْلِ ينْبَغِى أنْ تُقْبَلَ ترجمةُ المرأةِ إذا كانت مِن أهلِ العَدالةِ ؛ لأنَّ روايتَها مَقْبولةٌ .

11/40 و

فصل : والحُكْمُ فى التَّعريفِ ، والرِّسالةِ ، والجرحِ والتَّعديلِ ، كالحُكْمِ فى التَّرجمةِ ، وفيها مِن الخلافِ ما فيها . ذكرَه الشَّريفُ أبو جعفرٍ ، وأبو الخطَّابِ . وقد ذكَرْنا الجَرْحَ والتعديلَ فيما مضَى[8] .

١٨٧٧ - مسألة ، قال : (**وَإِذا عُزِلَ ، فَقالَ : كُنْتُ حَكَمْتُ فِى وِلَايَتِى لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ بِحَقٍّ . قُبِلَ قَوْلُهُ ، وَأُمْضِىَ ذَلِكَ الْحَقُّ**)

وبهذا قالَ إسحاقُ . قال أبو الخَطَّابِ : ويَحْتَمِلُ أنْ لا يُقْبَلَ قولُه . وقولُ القاضى فى فُروعِ هذه المسألةِ يَقْتَضِى أنْ لا يُقبلَ قولُه هٰهُنا ، وهو قولُ أكثرِ الفُقَهاءِ ؛ لأنَّ مَن لا يَمْلِكُ

(٥) فى ا ، ب ، م : « تفتقر » .

(٦) سقط من : ب .

(٧) فى م : « مما لا يتعلق بها » .

(٨) انظر : المسألة ١٨٦٨ ، صفحة ٤٣ ، والمسألة ١٨٦٩ صفحة ٤٧ .

الحُكْمَ ، لا يَمْلِكُ الإقْرارَ به ، كمَن أقرَّ بعِتْقِ عبدٍ بعدَ بَيْعِه . ثم اخْتلَفوا ، فقال الأوْزاعيُّ ، [9] وابنُ المُنذرِ [9] ، وابنُ أبى ليلَى : هو بمنزلةِ الشَّاهدِ ، إذا كانَ معه شاهدٌ آخرُ ، قُبِلَ . وقال أصْحابُ الرَّأْيِ : لا يُقْبَلُ إلَّا شاهِدَان سِواهُ ، يَشْهَدان بذلك . وهو ظاهرُ مذهبِ الشافعيِّ ؛ لأنَّ شَهادتَه على فِعْلِ نفسِه لا تُقْبَلُ . ولَنا ، أنَّه لو كتبَ إلى غيرِه ، ثم عُزِلَ ، ووصَلَ الكتابُ بعدَ عَزْلِه ، لَزِمَ المكْتوبَ إليه قَبُولُ كتابِه بعدَ عَزْلِ كاتبِه ، فكذلك هُهُنا . ولأنَّه أخْبَرَ بما حكَمَ به ، وهو غيرُ مُتَّهمٍ ، فيجبُ قَبولُه ، كَحالِ وِلَايتِه .

فصل : فأمَّا إن قال فى وِلايتِه : كنتُ حكمتُ لفلانٍ بكذا . قُبِلَ قولُه ، سواءٌ قال : قَضَيْتُ عليه بشاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ . أو قال : سمعتُ بَيِّنتَه وعَرَفْتُ عَدالتَهم . أو قال : قَضَيْتُ عليه بنُكولِه . أو قال : أقرَّ عندى فُلانٌ لفلانٍ بحَقٍّ ، فحَكَمْتُ به . وبهذا قال / أبو حنيفةَ ، والشَّافعيُّ ، وأبو يوسفَ . وحُكِيَ عن محمدِ بنِ الحسنِ : أنَّه لا يُقْبَلُ حتى يَشْهَدَ معه رجلٌ عَدْلٌ [10] ؛ لأنَّه [11] إخْبارٌ [11] بحقٍّ على غيرِه ، فلم يُقْبَلْ ، لأنَّه [12] قولُ واحدٍ ، كالشَّهادةِ . ولَنا ، أنَّه يَمْلِكُ [13] الحُكْمَ ، فملَكَ الإقْرارَ به ، كالزَّوجِ إذا أخْبَرَ بالطَّلاقِ ، والسَّيِّدِ إذا أخْبَرَ بالعِتْقِ ، ولأنَّه لو أخْبَرَ أنَّه رأى كذا وكذا ، فحَكَمَ به ، قُبِلَ ، كذا هُهُنا ، وفارَقَ الشَّهادةَ ، فإنَّ الشاهِدَ لا يَمْلِكُ إثْباتَ ما أخْبرَ به . فأما إنْ قال : حَكَمْتُ بعِلْمِى ، أو بالنُّكولِ ، أو بشاهِدٍ ويمينٍ [14] فى الأمْوالِ . فإنَّه يُقْبَلُ أيضًا . وقال الشَّافعيُّ : لا يُقْبَلُ قولُه فى القَضاءِ بالنُّكولِ . ويَنْبَنِى قولُه : حكمتُ عليه [12] بعلمى . على القَوْلَيْنِ فى جَوازِ القضاءِ بعلْمِه ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ الحُكمَ بذلك ، فلا يَمْلِكُ الإقْرارَ به . ولَنا ، أنَّه أخْبرَ بحُكمِه فيما لو حَكَمَ به لنَفَذَ حُكْمُه ، فوجبَ قَبُولُه ، كالصُّوَرِ التى تقدَّمتْ ، ولأنَّه [15] حاكِمٌ ، أخْبَرَ بحُكْمِه فى وِلَايتِه ، فوَجبَ قَبُولُه ، كالذى سَلَّمَه ، ولأنَّ

(9 - 9) سقط من : ب .

(10) فى م : « عادل » .

(11 - 11) فى م : « فيه إخبارا » .

(12) سقط من : م .

(13) فى م : « يحكم » .

(14) سقطت الواو من : ب ، م .

(15) فى ب : « ولا » . وفى م : « ولأن » .

الحاكمَ إذا حكَمَ فى مسألةٍ ، يَسُوغُ فيها الاجْتهادُ ، لم يَسُغْ نَقْضُ حُكْمِه ، ولزِمَ غيرَه إمْضاؤُه ، والعملُ به ، فصارَ بمَنْزِلَةِ الحُكْمِ بالبيِّنةِ العادِلةِ ، ولا نُسلِّمُ ما ذكرَه . وإن قال : حَكَمْتُ لفُلانٍ على فلانٍ بكذا . ولم يُضِفْ حُكمَه إلى بَيِّنةٍ ولا غيرِها ، وجبَ قَبولُه . وهو ظاهِرُ مسألةِ الْخِرَقِىِّ ؛ فإنَّه لم يذْكُرْ ما ثَبَتَ به الحكمُ ، وذلك لأنَّ الحاكمَ متى ما حَكمَ بحُكْمٍ يَسُوغُ فيه الاجْتهادُ ، وجبَ قبولُه ، وصارَ بمنْزِلَةِ ما أُجمِعَ عليه .

فصل : وإذا أخْبرَ القاضى بحُكْمِه فى غيرِ مَوْضِعِ ولَايتِه ، فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّ قولَه مَقْبولٌ ، وخَبَرَه نافذٌ ؛ لأنَّه إذا قُبلَ قولُه بحُكمِه بعدَ العَزْلِ وزَوالِ ولايتِه بالكلِّيَّةِ ، فلأنْ يُقبلَ مع بَقائِها فى غيرِ مَوضعِ ولايتِه أوْلَى . وقال القاضى : لا يُقْبَلُ قولُه . وقال : لو اجْتمعَ / قاضِيَان فى غيرِ ولايتِهما ، كقاضى دِمَشْقَ وقاضى مِصْرَ ، اجْتمَعا فى بيتِ المَقْدِسِ ، فأخبرَ أحدُهما الآخرَ بحُكْمٍ حَكمَ به ، أو شَهادةٍ ثَبَتَتْ عندَه ، لم يَقبَلْ أحدُهما قولَ صاحِبِه ، ويكونانِ كشاهِدَيْنِ أخبرَ أحدُهما الآخرَ[16] بما عندَه ، وليس له أن يَحْكمَ به إذا رجَعَ إلى عمَلِه ؛ لأنَّه خَبَرُ مَن ليس بقاضٍ فى مَوْضِعِه . وإن كانا جميعًا فى عَمَلِ أحدِهما ، كأنَّهما اجْتمَعا جميعًا فى دِمَشْقَ ، فإنَّ قاضىَ دِمَشْقَ لا يَعْمَلُ بما أخْبرَه به قاضى مِصْرَ ؛ لأنَّه يُخبرُه به[17] فى غيرِ عملِه . وهل يَعْمَلُ قاضى مِصْرَ[18] بما أخْبرَه به قاضى دِمَشْقَ إذا رجعَ إلى مِصرَ ؟ فيه وَجْهان ؛ بناءً على القاضى ، هل له أن يَقْضِىَ بعِلْمِه ؟ على رِوايتَيْنِ ؛ لأنَّ قاضىَ دِمَشْقَ أخْبرَه به فى عملِه . ومذهبُ الشَّافعىِّ فى هذا كقَوْلِ القاضى هٰهُنا .

فصل : إذا ولَّى الإمامُ قاضيًا ، ثم مات ، لم يَنْعَزلْ ؛ لأنَّ الخلفاءَ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، ولَّوا حُكَّامًا فى زَمَنِهم ، فلم يَنْعَزِلوا بمَوْتِهم ، ولأنَّ فى عَزْلِه بمَوْتِ الإمامِ ضَرَرًا على المُسلمين ، فإنَّ البُلْدانَ تتعَطَّلُ مِن الحُكَّامِ ، وتَقِفُ أحْكامُ الناسِ إلى أن يُوَلِّىَ الإمامُ الثانى حاكمًا ، وفيه ضَررٌ عظيمٌ . وكذلك لا يَنْعَزلُ القاضى إذا عُزِلَ الإمامُ ؛ لما ذكَرْنا .

---

(١٦) فى ب : « صاحبه » .

(١٧) لم يرد فى : الأصل .

(١٨) سقط من : م .

٤١/١١ و

فأمَّا إن عَزَلَه الإمامُ الذى ولَّاه أو غيرُه ، ففيه وَجْهان ، أحدُهما : لا يَنْعَزِلُ . وهو مذهبُ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّه عَقَدَه لمصْلحةِ المُسلمين ، فلم يَمْلِكْ عَزْلَه مع سَدادِ حالِه ، كما لو عَقَد النِّكاحَ على مُولِّيَتِه ، لم يكُنْ له فَسْخُه . والثانى ، له عَزْلُه ؛ لِما رُوِىَ عن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : لأعْزِلَنَّ أبا مَرْيَمَ[19] ، وأُوَلِّيَنَّ رجلًا إذا رآه الفاجرُ فَرِقَه[20] . فعَزلَه عن قضاءِ البَصْرةِ ، وولَّى كَعْبَ بنَ سُورٍ مكانَه[21] . وولَّى علىٌّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أبا الأسْوَدِ ، ثم عَزَلَه ، فقال : لمَ عزلْتَنى ، وما خُنتُ ، ولا جَنَيْتُ ؟ فقال : إنِّى رأيتُكَ يَعْلُو كلامُك على الخَصْمَيْن[22] . ولأنَّه يَمْلِكُ عَزْلَ / أُمَرائِه ووُلاتِه على البُلْدان ، فكذلك قُضاتِه . وقد كانَ عمرُ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، يُوَلِّى ويَعْزِلُ ، فعَزَلَ شُرَحْبِيلَ بنَ حَسَنَةَ عن ولايتِه فى الشَّامِ ، وولَّى مُعاويةَ ، فقال له شُرَحْبِيلُ : أَمِن جُبنٍ عَزَلْتَنِى ، أو خِيانةٍ ؟ قال : مِن كلٍّ لا ، ولكن أرَدْتُ رجلًا أقْوَى مِن رجلٍ . وعزلَ خالدَ بنَ الوليدِ ، وولَّى أبا عُبيدَةَ . وقد كان يُوَلِّى بعضَ الوِلاةِ الحُكْمَ مع الإمارةِ ، فولَّى أبا موسى البصرةَ قضاءَها وإمْرَتَها . ثم كان يعزلُهم هو[23] ، ومَن لم يَعْزِلْه ، عزلَه عثمانُ بعدَه إلَّا القليلَ منهم . فعَزْلُ القاضى أوْلَى ، ويُفارِقُ عَزْلَه بمَوْتِ مَن ولَّاه أو عَزْلَه ؛ لأنَّ فيه ضَرَرًا ، وهٰهُنا لا ضَرَرَ فيه ؛ لأنَّه لا يَعْزِلُ قاضيًا حتى يُوَلِّىَ آخرَ مكانَه ، ولهذا لا يَنْعَزِلُ الوالى بمَوْتِ الإمامِ ، ويَنْعَزِلُ بعَزْلِه . وقد ذكرَ أبو الخطَّابِ فى عَزْلِه بالموتِ أيضًا وَجْهَيْن ، والأوْلَى ، إن شاءَ اللهُ تعالى ، ما ذكَرْناه . فأمَّا إن تغيَّرتْ حالُ القاضى ؛ بفِسْقٍ ، أو زَوالِ عقلٍ ، أو مرضٍ يَمنعُه مِن القضاءِ ، أو اخْتلَّ فيه بعضُ شُروطِه ، فإنَّه يَنْعَزِلُ بذلك ، ويَتعيَّنُ على الإمامِ عَزْلُه ، وَجْهًا واحدًا .

١١/٤١ ظ

فصل : وللإمامِ تَوْلِيَةُ القضاءِ فى بلدِه وغيرِه ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ وَلَّى عمرَ بنَ الخَطَّابِ القضاءَ[24] ، وولَّى عليًّا[25] ومُعاذًا[26] . وقال عثمانُ بنُ عفَّانَ لابنِ عمرَ : إنَّ أباك قد كان

---

(١٩) هو إياس بن صبيح بن محرش الحنفى . انظر ترجمته فى : أخبار القضاة ، لوكيع ١/٢٦٩ .

(٢٠) فرقه : خافه .

(٢١) تقدم تخريجه ، فى : صفحة ١٨ .

(٢٢) انظر : إرواء الغليل ٨/٢٣٤ .

(٢٣) انظر لذلك كله : تاريخ الطبرى ٤/٦٤–٦٩ .

(٢٤) انظر ما أخرجه وكيع ، فى : أخبار القضاة ١/١٠٥ .

(٢٥) تقدم تخريجه ، فى : صفحة ٦ .

(٢٦) تقدم تخريجه ، فى : ١/٢٧٥ ، ٥/٤ .

يَقْضِى وهو خَيْرٌ منك . قال : إنَّ أبى قد كان يَقْضِى ، وإنْ أشْكَلَ عليه شىءٌ ، سأَلَ عنه رسولَ اللهِ ﷺ . وذكَرَ الحديثَ[27] . روَاه عُمرُ بنُ شَبَّةَ ، فى كتابِ « قُضاةِ البصرةِ » . ورَوَى سعيدٌ ، فى « سُنَنِه » عن عمرِو بنِ العاصِ . قال : جاءَ خَصْمانِ إلى رسولِ اللهِ ﷺ ، فقال لى : « يَا عَمْرُو ، اقْضِ بَيْنَهُمَا » . قلتُ : أنت أوْلَى بذلك مِنّى يا رسولَ اللهِ . قال : « إنْ أَصَبْتَ الْقَضَاءَ بَيْنَهُمَا ، فَلَكَ عَشْرُ حَسَنَاتٍ ، /وَإنْ أَخْطَأْتَ ، فَلَكَ حَسَنَةٌ »[28] . وعن عقبةَ بنِ عامرٍ مثلُه[29] . ولأنَّ الإمامَ يَشْتَغِلُ بأشياءَ كثيرةٍ مِن مَصالحِ المسلمين ، فلا يَتفرَّغُ للقضاءِ بينهم . فإذا وَلَّى قاضيًا ، اسْتُحِبَّ أن يَجعلَ له أن يَسْتَخْلِفَ ؛ لأنَّه قد يَحْتاجُ إلى ذلك ، فإذا أَذِنَ له فى الاسْتِخلافِ ، جاز له بلا خلافٍ نَعْلَمُه ، وإن نَهاهُ عنه ، لم يكُنْ له أن يَسْتَخْلِفَ ؛ لأنَّ وِلايتَه بإذْنِه ، فلم يكُنْ له ما نَهاه عنه ، كالوَكيلِ ، وإن أطلقَ ، فله الاسْتِخْلافُ . ويَحْتَمِلُ أن لا يكونَ له ذلك ؛ لأنَّه يتصرَّفُ بالإذْنِ ، فلم يكُنْ له ما لم يأْذَنْ فيه[30] ، كالوَكيلِ . ولأصْحابِ الشَّافعىِّ فى هذا وَجْهان . ووَجهُ الأوَّلِ ، أن الغَرَضَ من القضاءِ الفَصْلُ بين المُتخاصِمَيْنِ ، فإذا فعلَه بنفسِه أو بغيرِه ، جاز ، كما لو أذِنَ له ، ويُفارِقُ التَّوْكيلَ ؛ لأنَّ الإمامَ يُوَلِّى القضاءَ للمُسلمين ، لا لنفسِه ، بخلافِ الوكيلِ[31] ، فإنِ اسْتَخْلَفَ فى مَوْضعٍ ليس له الاسْتِخْلافُ ، فحُكْمُه حكمُ مَن لم يُوَلَّ .

٤٢/١١ و

فصل : ويجوزُ أن يُوَلِّى قاضيًا عُمومَ النَّظرِ فى خُصوصِ العملِ ، فيُقلِّدَه النَّظرَ فى جميعِ الأحكامِ فى بلدٍ بعَيْنِه ، فيَنْفُذُ حكمُه فى مَن سكنَه ، ومَن أتَى إليه مِن غيرِ سُكَّانِه . ويجوزُ أن يقلِّدَه خُصوصَ النَّظرِ فى عُمومِ العَملِ ، فيقولَ : قد[32] جعلتُ إليكَ الحُكْمَ فى المُدايَناتِ خاصَّةً ، فى جميعِ وِلايَتِى . ويجوزُ أن يجعلَ حكمَه فى قدْرٍ من المالِ ، نحو أن يقولَ :

---

(٢٧) تقدم تخريجه ، فى : صفحة ٨ .

(٢٨) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ٢٠٥ ، والحاكم ، فى : كتاب الأحكام . المستدرك ٤/ ٨٨ . والدارقطنى ، فى : كتاب فى الأقضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطنى ٤/ ٢٠٣ .

(٢٩) تقدم تخريجه ، فى : صفحة ٦ .

(٣٠) أى : الإمامُ .

(٣١) فى ب ، م : « التوكيل » .

(٣٢) سقط من : ب ، م .

الحُكْمُ فى المائةِ فما دونَها . فلا يَنْفُذُ حكمُه فى أكثرَ منها . ويجوزُ أن يُوَلِّيَه عُمومَ النَّظرِ فى عُمومِ العملِ ، وخُصوصَ النَّظرِ فى خُصوصِ العملِ . ويجوزُ أن يُوَلِّيَ قاضِيَيْنِ وثلاثةً فى بلدٍ واحدٍ ، يَجعلُ لكلِّ واحدٍ عملًا ، فيُوَلِّيَ أحدَهم عُقودَ الأَنْكِحةِ ، والآخرَ الحُكمَ فى المُداينَاتِ ، وآخرَ النَّظرَ فى العَقاراتِ[33] . ويَجوزُ أن يُوَلِّيَ كلَّ /واحدٍ منهم عُمومَ النَّظرِ فى ناحيةٍ من نَواحى البلدِ ، فإن قَلَّدَ قاضِيَيْنِ أو أكثرَ عملًا واحدًا ، فى مكانٍ واحدٍ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدهما ، لا يجوزُ . اختارَه أبو الخطَّابِ ، وهو أحدُ الوجهَيْنِ لأصحابِ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّه يُؤَدِّى إلى إيقافِ الحُكمِ والخُصوماتِ ، لأنَّهما يَخْتلِفانِ فى الاجْتهادِ ، ويَرَى أحدُهما مالا يرَى الآخَرُ . والآخرُ ، يجوزُ ذلك . وهو قولُ أصحابِ أبى حنيفةَ . وهو أصَحُّ ، إن شاء اللهُ تعالى ؛ لأنَّه يجوزُ أن يَسْتَخْلِفَ فى البلدةِ التى هو فيها ، فيكونُ فيها قاضِيَان ، فجاز أن يكونَ فيها قاضيان أصْلِيَّان ، ولأنَّ الغَرَضَ فَصْلُ الخُصوماتِ ، وإيصالُ الحقِّ إلى مُسْتحِقِّه ، وهذا يَحْصُلُ ، فأشْبَهَ القاضىَ وخُلَفاءَه[34] . ولأنَّه يجوزُ للقاضى أن يَسْتَخْلِفَ خَليفَتَيْنِ فى موضعٍ واحدٍ ، فالإمامُ أَوْلَى ، لأنَّ تَوْلِيَتَه أقْوَى . وقولُهم : يُفضِى إلى إيقافِ الأحْكامِ[35] . غيرُ صحيحٍ ؛ فإنَّ كلَّ حاكمٍ يَحْكُمُ باجْتهادِه بينَ المُتخاصِمَيْن إليه ، وليس للآخَرِ الاعْتراضُ عليه ، ولا نَقْضُ حُكمِه فيما خالَفَ اجْتهادَه .

42/11 ظ

فصل : وإذا قال الإمامُ : مَن نَظَرَ فى الحُكمِ مِن فُلانٍ وفُلانٍ ، فقد وَلَّيْتُه . لم تَنْعَقِدِ الوِلايةُ لمَن نَظَرَ ؛ لأنَّه علَّقَها على شَرْطٍ ، ولم يعيِّنْ بالوِلايةِ أحدًا منهم . ويَحْتَمِلُ أن تَنْعَقِدَ الوِلايةُ لمن نَظَرَ ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « أَمِيرُكُمْ زَيْدٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَأَمِيرُكُمْ جَعْفَرٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَأَمِيرُكُمْ عَبْدُ اللهِ بْنُ رَوَاحَةَ »[36] . فعلَّقَ وِلايةَ الإمارةِ على شَرْطٍ ، فكذلك وِلايةُ الحُكمِ . وإن قال : وَلَّيْتُ فُلانًا وفلانًا ، فأيُّهما نَظَرَ فهو خَليفتى . انْعَقَدَتِ الوِلايةُ لمَن نَظَرَ منهم ؛ لأنَّه عَقَدَ الوِلايةَ لهما جميعًا .

---

(33) فى ب ، م : « العقار » .

(34) سقط من : م .

(35) فى ب ، م : « الحكومات » .

(36) تقدم تخريجه ، فى : 7/204 .

فصل : ولا يجوزُ أن يُقَلِّدَ القضاءَ لواحدٍ على أن يَحكمَ بمذهبٍ بعَيْنِه . وهذا مذهبُ الشَّافعيِّ . ولم[٣٧] أعلمْ فيه خلافًا ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ ﴾[٣٨] . /والحقُّ لا يَتَعَيَّنُ في مذهبٍ ، وقد يَظْهَرُ له الحقُّ في غيرِ ذلك المذهبِ . فإن قَلَّدَه على هذا الشَّرْطِ ، بطَلَ الشرطُ ، وفي فسادِ التَّوْلِيَةِ وَجْهان ، بِناءً على الشُّروطِ الفاسدةِ في البيعِ . ١١/٤٣و

فصل : وإن فَوَّضَ الإمامُ إلى إنسانٍ تَوْلِيَةَ القضاءِ جاز ؛ لأنَّه يجوزُ أن يَتَوَلَّى ذلك ، فجاز له التَّوكيلُ فيه ، كالبيعِ . وإن فَوَّضَ إليه اخْتيارَ قاضٍ ، جاز ، ولا يجوزُ له اختيارُ نفسِه ، ولا والدِه ، ولا وَلَدِه ، كما لو وكَّلَه في الصَّدقةِ بمالٍ ، لم يجُزْ له أخْذُه ، ولا دَفْعُه إلى هٰذين . ويَحْتَمِلُ أن[٣٩] يجوزَ له اخْتيارُهما ، إذا كانا صالِحَيْنِ للوِلايةِ ؛ لأنَّهما يَدْخُلانِ في عُمومِ مَن أذِنَ له في الاخْتيارِ منه ، مع أهْلِيَّتِهما ، فأشْبَها الأجانِبَ .

فصل : وليس للحاكمِ أن يَحْكُمَ لنفسِه ، كما لا يجوزُ أن يَشْهدَ لنفسِه ، فإن عَرَضَتْ له حُكومةٌ مع بعضِ الناسِ ، جاز أن يُحاكِمَه إلى بعضِ خُلَفائه ، أو بعضِ رَعِيَّتِه ؛ فإنَّ عمرَ حاكَمَ أُبيًّا إلى زيدٍ[٤٠] ، وحاكَمَ رجلًا عِراقيًّا إلى شُرَيْحٍ[٤١] ، وحاكَمَ عليٌّ اليَهُوديَّ إلى شُرَيحٍ[٤٠] ، وحاكَمَ عثمانُ طَلْحةَ إلى جُبَيْرِ بنِ مُطعِمٍ[٤١] ، وإن عَرَضَتْ حُكومةٌ لوالدَيْه ، أو وَلَدِه ، أو مَن لا تُقْبَلُ شهادتُه له[٤٢] ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا يجوزُ له الحُكْمُ فيها بنَفْسِه ، وإنْ حَكَمَ[٤٣] ، لم يَنْفُذْ حُكْمُه . وهذا قولُ أبي حنيفةَ ، والشافعيِّ ؛ لأنَّه لا تُقبَلُ شَهادتُه له ، فلم يَنْفُذْ حكمُه له كنَفْسِه . والثاني ، يَنْفُذُ حكمُه . اخْتارَه أبو بكرٍ ، وهو قولُ أبي يوسفَ ، وابنِ المُنْذِرِ ، وأبي ثَوْرٍ ؛ لأنَّه حُكْمٌ لغيرِه ، أشْبَهَ الأجانبَ . وعلى القولِ

---

(٣٧) في م : « ولا » .
(٣٨) سورة ص ٢٦ .
(٣٩) في ب ، م : « أنه » .
(٤٠) تقدم التخريج ، في صفحة ٣٩ .
(٤١) لم نجده ، وانظر الإرواء ٨/٢٣٩ .
(٤٢) سقط من : ب .
(٤٣) في م زيادة : « له » .

الأوَّلِ، متى عَرَضَتْ لهؤلاء حُكومةٌ ، حَكَمَ بينَهم الإمامُ ، أو حاكمٌ آخَرُ ، أو بعضُ خُلَفائِه ، فإن كانتِ الخُصومةُ بين والديْه ، أو وَلَدَيْه ، أو والِدِه ووَلَدِه ، لم يجُز له الحكمُ بينهما ، على أحدِ الوَجْهَين ؛ لأنَّه لا تُقْبَلُ شهادتُه لأحدِهما على الآخرِ ، فلم يَجُز /الحكمُ بينهما ، كما لو كان خَصْمُه أجْنَبيًّا . وفى الآخرِ ، يجوزُ . وهو قولُ بعضِ أصحابِ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّهما[44] سواءٌ عندَه ، فارْتفعَتْ تُهْمَةُ المَيْلِ، فأشْبَهَا الأجْنَبِيَّيْنِ .

١١/٤٣ظ

فصل : وإذا تحاكَمَ رجلان إلى رجلٍ حكَّماه بينهما ورَضِيَاه ، وكان ممَّن يَصْلُحُ للقضاءِ ، فحَكَمَ بينهما ، جاز ذلك ، ونفَذَ حُكْمُه عليهما . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وللشَّافعىِّ قَوْلان ؛ أحدهما ، لا يَلْزَمُهما حُكمُه إلَّا بتَراضِيهما ؛ لأنَّ حُكْمَه إنَّما يَلْزَمُ بالرِّضا به ، ولا يكونُ الرِّضَى إلَّا بعدَ المَعْرفةِ بحُكْمِه . ولَنا ، ما روَى أبو شُرَيْحٍ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال له : « إنَّ اللهَ هُوَ الحَكَمُ ، فلِمَ تُكَنَّى أبَا الحَكَمِ ؟ » قال : إنَّ قَوْمِى إذا اخْتَلفوا فى شيءٍ أتَوْنى ، فحكَمْتُ بينهم ، فرَضِىَ[45] كلَا الفريقان . قال : « مَا أحْسَنَ هَذَا ، فَمَنْ أكْبَرُ وَلَدِكَ ؟ » قال : شُرَيْحٌ . قال : « فَأَنْتَ أبُو شُرَيْحٍ » . أخْرَجَه النَّسائىُّ[46] . ورُوِىَ عن النَّبىِّ ﷺ أنَّه[47] قال : « مَنْ حَكَمَ بَيْنَ اثْنَيْنِ تَرَاضَيَا بِهِ ، فَلَمْ يَعْدِلْ بَيْنَهُمَا ، فَهُوَ مَلْعُونٌ »[48] . ولولا أنَّ حُكمَه يَلْزَمُهما ، لَما لَحِقَه هذا الذَّمُّ[49] ، ولأن عُمَرَ وأُبيًّا تحاكَما إلى زيدٍ ، وحاكَمَ عمرُ أعْرابيًّا إلى شُرَيْحٍ قبلَ أنْ يُوَلِّيَه ، وتحاكَمَ عُثمانُ وطلحةُ إلى جُبيرِ بنِ مُطْعِمٍ ، ولم يكونوا قُضاةً . فإن قيل : فعمرُ وعثمانُ كانا إمامَيْنِ، فإذا رَدَّا الحُكمَ إلى رجلٍ صارَ قاضيًا . قُلْنا : لم يُنْقَلْ عنهما إلَّا الرِّضَى بتَحْكيمِه خاصَّةً ، وبهذا لا يَصِيرُ قاضِيًا ، وما ذكَروه يَبْطُلُ بما إذا رَضِىَ بتَصرُّفِ وَكيلِه ، فإنَّه يَلْزَمُه قبلَ المَعرفةِ به .

---

(٤٤) فى ب ، م : « لأنها » .

(٤٥) فى م : « ورضى » .

(٤٦) فى : باب إذا حكموا رجلا فقضى بينهم ، من كتاب الأدب . المجتبى ٥٨٥/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى تغيير الاسم القبيح ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٥٨٥/٢ .

(٤٧) سقط من : م .

(٤٨) انظر : تلخيص الحبير ١٨٥/٤ ، حيث ذكر ابن حجر ، أن ابن الجوزى ذكره فى التحقيق .

(٤٩) فى ب : « اللوم » .

إذا ثبتَ هذا ، فإنَّه لا يجوزُ نَقْضُ حُكمِه فيما لا يُنْقَضُ به حُكمُ مَن له وِلايةٌ . وبهذا قالَ الشَّافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : للحاكمِ نَقْضُه إذا خالفَ رأيَه ؛ لأنَّ هذا عَقْدٌ فى حقِّ الحاكمِ ، فملَكَ فَسْخَه ، كالعَقدِ / المْوقوفِ فى حَقِّه . ولَنا ، أنَّ هذا حُكْمٌ صحيحٌ لازِمٌ ، فلم يَجُزْ فَسْخُه لمُخالَفتِه[50] رأيَه ، كحُكمِ مَن له وِلايةٌ ، وما ذكَرُوه غيرُ صحيحٍ ، فإنَّ حُكْمَه لازِمٌ للخَصْمين ، فكيف يكونُ مَوْقوفًا ؟ ولو كان كذلك ، لمَلَكَ فَسْخَه وإنْ لم يُخالِفْ رأيَه ، ولا نسلِّمُ الوقوفَ فى الْعقودِ . إذا ثبتَ هذا ، فإنَّ لكلِّ واحدٍ من الخَصْمين الرُّجوعَ عن تَحْكيمِه قبلَ شُروعِه فى الحُكمِ ؛ لأنَّه لا يَثْبُتُ إلَّا برِضَاه ، فأشْبَهَ ما لو رجعَ عنِ التَّوكيلِ قبلَ التَّصرُّفِ . وإن رجعَ بعدَ شُروعِه ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، له ذلك ؛ لأنَّ الحُكمَ لم يَتِمَّ ، أشْبَهَ قبلَ الشُّروعِ . والثانى ، ليس له ذلك ؛ لأنَّه يُؤدِّى إلى أنَّ كلَّ واحدٍ منهما إذا رأى من الحُكمِ ما لا يوافقُه ، رَجعَ ، فيَبْطُلُ[51] المقصودُ به .

فصل : قال القاضى : ويَنْفُذُ حكمُ مَن حكَّماه فى جميعِ الأحكامِ إلَّا أربعةَ أشياءَ ؛ النِّكاح ، واللِّعانَ ، والقَذْفَ ، والقِصاصَ ؛ لأنَّ لهذه الأحْكامِ مَزِيَّةً على غيرِها ، فاخْتصَّ الإمامُ بالنَّظرِ فيها ، ونائبُه يَقومُ مَقامَه . وقال أبو الخَطَّاب : ظاهرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّه يَنفُذُ حكمُه فيها . ولأصحابِ الشَّافعيِّ وَجْهان ، كهٰذَيْن . وإذا كتبَ هذا القاضى بما حَكمَ به كِتابًا إلى قاضٍ من قُضاةِ المسلمين ، لزِمَه قَبولُه ، وتَنْفِيذُ كتابِه ؛ لأنَّه حاكمٌ نافِذُ الأحْكامِ ، فلَزِمَ قَبولُ كتابِه ، كحاكمِ الإمامِ .

١٨٧٨ – مسألة ؛ قال : (**وَيَحْكُمُ عَلَى الغَائِبِ ، إذَا صَحَّ الحَقُّ عَلَيْهِ**)

وجملتُه أنَّ مَن ادَّعَى حقًّا على غائبٍ فى بلدٍ آخرَ ، وطلبَ من الحاكمِ سماعَ البيِّنَةِ ، والحُكمَ بها عليه ، فعلى الحاكمِ إجابتُه ، إذا كَمَلَتِ الشَّرائطُ . وبهذا قال شُبْرُمَةُ ، ومالِكٌ ، والأوْزاعىُّ ، واللَّيْثُ ، وسَوَّارٌ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وإسْحاقُ ، وابنُ المُنْذِرِ . وكان

(٥٠) فى الأصل : « لمخالفة » .

(٥١) فى م : « فبطل » .

١١/٤٤ظ شُرَيْحٌ / لا يَرَى القضاءَ على الغائبِ . وعن أحمدَ مِثْلُه . وبه قال ابنُ أبى ليلَى ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ وأصحابُه . ورُوِىَ ذلك عن القاسمِ ، والشَّعْبِىِّ ، إلَّا أنَّ أبا حنيفةَ قال : إذا كان له خَصْمٌ حاضِرٌ ، مِن وَكيلٍ[1] أو شَفِيعٍ ، جاز الحُكْمُ عليه . واحْتَجُّوا بما رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال لعلىٍّ : « إذَا تَقَاضَى إلَيْكَ رَجُلَانِ ، فَلَا تَقْضِ لِلأَوَّلِ حَتَّى تَسْمَعَ كَلَامَ الآخَرِ ، فإنَّكَ تَدْرِى بِمَا تَقْضِى » . قال التِّرْمِذِىُّ[2] : هذا حديثٌ حسنٌ[3] . ولأنه قَضاءٌ لأحدِ الخَصْمين وحْدَه ، فلم يجُزْ ، كما لو كان الآخَرُ فى البلدِ ، ولأنَّه يجوزُ أن يكونَ للغائبِ ما يُبْطِلُ البَيِّنَةَ ، ويَقْدَحُ فيها ، فلم يجُزِ الحُكْمُ عليه . ولَنا ، أنَّ هِنْدًا قالت : يا رسولَ اللهِ ، إنَّ أبا سُفْيانَ رجلٌ شَحِيحٌ ، وليس يُعطِينى ما يَكْفِينِى ووَلَدِى ؟ قال : « خُذِى مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ » . مُتَّفقٌ عليه[4] ، فقَضَى عليه[5] لها ، ولم يكُنْ حاضِرًا ، ولأنَّ هذا له بَيِّنَةٌ مَسْمُوعةٌ عادِلةٌ ، فجاز الحُكْمُ بها . كما لو كان الخَصْمُ حاضِرًا ، وقد وَافَقَنا أبو حنيفةَ فى سَماعِ البيِّنَةِ ، ولأنَّ ما تأخَّرَ عن سُؤالِ المُدَّعِى إذا كان حاضرًا ، يُقدَّمُ عليه إذا كانَ غائبًا ، كسَماعِ البَيِّنَةِ . وأمَّا حديثُهم ، فنقولُ به إذا تَقاضَى إليه رجلانِ ، لم يجُزِ الحُكْمُ قبلَ سماعِ كلامِهما ، وهذا يَقتَضِى أن يكونا حاضِرَيْن ، ويُفارِقُ الحاضِرُ الغائبَ ، فإنَّ البَيِّنَةَ لا تُسْمَعُ على حاضِرٍ إلَّا بحَضْرَتِه ، والغائبُ بخلافِه . وقد ناقَضَ أبو حنيفةَ أصلَه ، فقال : إذا جاءتِ امرأةٌ فادَّعَتْ أن لها زوجًا غائبًا ، وله مالٌ فى يدِ رجلٍ ، وتحْتاجُ إلى النَّفقةِ ، فاعْتَرفَ لها بذلك ، فإنَّ الحاكمَ يقْضِى عليه بالنَّفقةِ ، ولو ادَّعَى رجلٌ على حاضرٍ ، أنَّه اشْتَرَى مِن غائبٍ ما فيه شُفْعةٌ ، وأقامَ بَيِّنَةً بذلك ، حَكَمَ له بالبَيْعِ والأخْذِ بالشُّفْعةِ ، ولو ماتَ المُدَّعَى عليه ، فحضَرَ بعضُ وَرَثتِه ، أو حضَرَ / وكيلُ ١١/٤٥و الغائبِ ، وأقامَ المُدَّعِى بَيِّنَةً بذلك ، حَكَمَ له بما ادَّعاه . إذا ثبَتَ هذا ، فإنَّه إنْ قَدِمَ الغائبُ

---

(١) فى الأصل : « وكيله » .

(٢) فى : باب ما جاء فى القاضى بين الخصمين حتى يسمع كلامهما ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/٧٢ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١/١٤٣ ، ١٥٠ . والبيهقى ، فى : باب ما يقول القاضى إذا جلس الخصمان بين يديه ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١٠/١٣٧ .

(٣) فى الأصل ، م زيادة : « صحيح » . وليس فى الترمذى .

(٤) تقدم تخريجه ، فى : ١١/٣٤٨ .

(٥) سقط من : م .

قبلَ الحُكمِ ، وقفَ الحُكمُ على حُضورِه ، فإن جَرَّحَ[٦] الشُّهودَ ، لم يَحْكُم عليه ، وإن اسْتَنْظَرَ الحاكمَ ، أجَّلَه ثلاثًا ، فإن جَرَّحَهم ، وإلَّا حَكَمَ عليه . وإن ادَّعَى القضاءَ أو الإبْراءَ ، فكانتْ له بَيِّنةٌ به[٧] بَرِئَ ، وإلَّا حلَفَ المُدَّعِى ، وحَكَمَ له ، وإن قَدِمَ بعدَ الحُكمِ ، فجرَّحَ الشُّهودَ بأمرٍ كان قبلَ الشَّهادةِ ، بطَلَ الحكمُ ، وإن جرَّحَهم بأمرٍ بعدَ أداءِ الشَّهادةِ أو مُطلقًا ، لم يبْطُلِ الحُكمُ ، ولم يقبَلْه الحاكمُ ؛ لأنَّه يجوزُ أن يكونَ بعدَ الحُكْمِ ، فلا يَقْدَحُ فيه . وإن طلبَ التَّأْجيلَ ، أُجِّلَ ثلاثًا ، فإن جرَّحَهم ، وإلَّا نَفَذَ الحكمُ . وإن ادَّعَى القضاءَ ، أو الإبراءَ ، فكانت له به بَيِّنةٌ ، وإلَّا حَلَفَ الآخَرُ ، ونفَذَ الحُكمُ .

فصل : ولا يُقْضَى على الغائبِ إلَّا فى حُقوقِ الآدَمِيِّينَ ، فأمَّا فى الحُدودِ التى للهِ تعالى ، فلا يُقْضَى بها عليه ؛ لأنَّ مَبْناها على المُساهَلَةِ والإسْقاطِ ، فإن قامَتْ بَيِّنةٌ على غائبٍ بسَرِقةِ مالٍ ، حُكِمَ بالمالِ دُونَ القَطْعِ .

فصل : وإذا قامتِ البَيِّنةُ على غائبٍ ، أو غيرِ مُكلَّفٍ ، كالصَّبِىِّ والمجنونِ ، لم يُسْتَحْلَفِ المُدَّعِى مع بَيِّنتِه ، فى أشْهَرِ الرِّوايتَيْنِ ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « البَيِّنةُ عَلَى المُدَّعِى ، والْيَمِينُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ »[٨] . ولأنَّها بَيِّنةٌ عادِلةٌ ، فلم تَجِبِ اليَمِينُ معها ، كما لو كانتْ على حاضرٍ . والرِّوايةُ الثانية ، يُسْتَحْلَفُ معها . وهو قولُ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّه يجوزُ أن يكونَ اسْتَوْفَى ما قامَتْ به البَيِّنةُ ، أو مَلَّكَه العَيْنَ التى قامتْ بها البَيِّنةُ ، ولو كان حاضرًا فادَّعَى ذلك ، لَوجبَتِ اليمينُ ، فإذا تعذَّرَ ذلك منه لغَيْبَتِه ، أو عَدَمِ تكْليفِه ، يجبُ أن يقومَ الحاكمُ مَقامَه فيما يُمْكِنُ دَعْواه ، ولأنَّ الحاكمَ مأمورٌ بالاحْتياطِ فى حقِّ الصَّبِىِّ والمجنونِ والغائبِ ، لأنَّ كلَّ واحدٍ منهم لا يُعبِّرُ عن نفسِه ، وهذا / من الاحْتياطِ . ١١/٥٤ ظ

فصل : ظاهرُ كلامِ الخِرَقِىِّ[٩] ، أنَّه إذا قُضِىَ على الغائبِ بعَيْنٍ ، سُلِّمتْ إلى

---

(٦) فى ب ، م : « خرج » .

(٧) سقط من : م .

(٨) تقدم تخريجه ، فى : ٥٨٧/٦ ، وانظر : ٥٢٥/٦ ، ٥٣٠/١٠ .

(٩) فى ب : « أحمد » .

المُدَّعِي ، وإن قُضِيَ عليه بدَيْنٍ ، ووُجدَ له مالٌ ، وُفِّيَ منه ؛ فإنَّه قال، في روايةِ حَرْبٍ ، في رجلٍ أقامَ بيِّنةً أنَّ له سَهْمًا من ضَيْعةٍ في أيْدى قومٍ ، فتوارَوا عنه : يُقْسَم عليهم ، شَهِدُوا أو غابوا ، ويُدْفَعُ إلى هذا حقُّه . ولأنَّه[10] ثبَتَ[11] حَقُّه بالبيِّنةِ ، فيُسَلَّمُ إليه ، كما لو كان خَصْمُه حاضِرًا . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يُدْفَعَ إليه شيءٌ حتى يُقيمَ كَفيلًا أنَّه متى حضرَ خَصْمُه ، وأبطَلَ دَعْواه ، فعليه ضَمانُ ما أخذَه ، لئلَّا يأْخذَ المُدَّعِي ما حُكمَ له به ، ثم يَأْتِيَ خَصْمُه ، فيُبْطِلَ حُجَّتَه ، أو يُقِيمَ بيِّنةً بالقضاءِ والإبْراءِ ، أو تُمْلُّكَ العَيْنُ[12] التي قامتْ بها البيِّنةُ بعدَ ذَهابِ المُدَّعِي وغَيبتِه أو مَوْتِه ، فيَضِيعَ مالُ المدَّعَى عليه . وظاهرُ كلامِ أحمدَ الأوَّلُ ؛ فإنَّه قال في رجلٍ عندَه دَابَّةٌ مَسْرُوقة ، فقال : هي عندى وَديعةٌ : إذا أُقِيمَتِ البيِّنةُ أنَّها له ، تُدْفَعُ إلى الذى أقامَ البيِّنةَ ، حتى يَجِيءَ صاحبُ الوَدِيعَةِ[13] فيُثْبِتَ .

فصل : فأمَّا الحاضِرُ في البلدِ ، أو قريبٍ منه ، إذا لم يُمْنَعْ مِن الحُضورِ ، فلا يُقْضَى عليه قبلَ حُضورِه . في قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ . وقال أصحابُ الشافعيِّ ، في وجهٍ لهم : إنَّه يُقْضَى عليه في غَيْبَتِه ؛ لأنَّه غائبٌ ، أشْبَهَ الغائبَ عن البلدِ . ولَنا ، أنَّه أمْكَنَ سُؤالُه ، فلم يَجُزِ الحُكمُ عليه قبلَ سُؤالِه ، كحاضرِ مجلسِ الحاكمِ ، ويُفارِقُ الغائبَ البعيدَ ؛ فإنَّه لا يُمْكِنُ سُؤالُه ، فإن امْتنعَ من الحضورِ ، أو توارَى ، فظاهرُ كلامِ أحمدَ ، جوازُ القضاءِ عليه ؛ لما ذكَرْنا عنه في روايةِ حَرْبٍ . ورَوَى عنه أبو طالبٍ ، في رجلٍ وجدَ غُلامَه عندَ رجلٍ ، فأقامَ البيِّنةَ أنَّه غُلامُه ، فقال الذى عندَه الغلامُ : أوْدَعَنِي هذا رجلٌ . فقال أحمدُ : أهلُ المدينةِ يَقْضُون[14] على الغائبِ ، يقولون : إنَّه لهذا الذى أقامَ البيِّنةَ . وهو مذهبٌ حَسنٌ ، وأهلُ البصرةِ يَقْضُون[14] /على غائبٍ ، يُسمُّونَه الإعْذارَ . وهو إذا ادَّعَى على رجلٍ ألفًا ، وأقامَ البيِّنةَ ، فاختفَى المدَّعَى عليه ، يُرْسَلُ إلى بابِه ، فيُنادِي الرَّسولُ ثلاثًا ، فإن جاءَ ، وإلَّا قد أعْذَروا إليه . فهذا يُقوِّي قولَ أهلِ المدينةِ ، وهو معنَى حسنٌ . وقد ذكرَ

١١/٤٦و

(١٠) سقطت الواو من : ب ، م .

(١١) في ب ، م : « يثبت » .

(١٢) سقط من : ب ، م .

(١٣) في الأصل : « البينة » .

(١٤ – ١٤) سقط من : ب . نقل نظر .

الشَّرِيفُ أبو جَعْفرٍ ، وأبو الخَطَّابِ ، أنَّه يُقْضَى على الغائبِ المُمْتنِعِ . وهو مذهبُ[15] الشَّافعىِّ ؛ لأنَّه تعذَّرَ حُضورُه وسُؤالُه ، فجاز القضاءُ عليه ، كالغائبِ البعيدِ ، بل هذا أوْلَى ؛ لأنَّ البَعِيدَ مَعْذورٌ ، وهذا لا عُذْرَ له . وقد ذكَرْنا فيما تقدَّم شيئًا مِن هذا .

١٨٧٩ – مسألة[1] ؛ قال : (**وَإذَا أتَاهُ شَرِيكَانِ فِى رَبْعٍ أوْ نَحْوِهِ ، فَسَألَاهُ أنْ يَقْسِمَهُ[2] بَيْنَهُمَا ، قَسَمَهُ[3] ، وَأثْبَتَ فِى الْقَضِيَّةِ بِذَلِكَ ، أنَّ قَسْمَهُ إيَّاهُ بَيْنَهُمَا كَانَ عَنْ إقْرَارِهِمَا ، لَا عَنْ بَيِّنَةٍ شَهِدَتْ لَهُمَا بِمِلْكِهِمَا**)

الأصلُ فى القِسمةِ قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ ﴾[4] وقولُه تعالى : ﴿ وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ ﴾[5] الآية . وقولُ النَّبىِّ ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ ، فَإذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ ، فَلَا شُفْعَةَ »[6] . وقَسَّمَ النبىُّ ﷺ خَيْبَرَ على ثمانيةَ عَشرَ سَهمًا[7] ، وكان يَقْسِمُ الغنائمَ[8] . وأجْمعتِ الأُمَّةُ على جَوازِ القِسْمةِ ، ولأنَّ بالنَّاسِ حاجةً إلى القِسْمةِ ؛ ليتمكَّنَ كلُّ واحدٍ من الشُّركاءِ من[9] التَّصرُّفِ على إيثارِه ، ويَتخلَّصَ من سوءِ المُشارِكةِ وكَثرةِ الأيدِى . إذا ثبتَ هذا ، [10]فإنَّ الشريكَيْنِ فى أىِّ شىءٍ[10] كان ، رَبعًا أو غيرَه – والرَّبْعُ : هو العَقارُ مِن الدُّورِ

---

(١٥) فى م : « قول » .

(١) قبل هذه المسألة فى م زيادة : « كتاب القسمة » . ثم يرد بعد ذلك من قوله فى أول شرح المسألة : « الأصل فى القسمة ... » ، إلى آخر قوله : « وكثرة الأيدى » . ثم تأتى مسألة مختصر الخرق .

(٢) فى الأصل ، ب : « يقسمها » .

(٣) فى الأصل : « قسمها » . وفى ب : « فقسمها » .

(٤) سورة القمر ٢٨ .

(٥) سورة النساء ٨ .

(٦) تقدم تخريجه ، فى : ٧/٤٣٥ .

(٧) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى من أسهم له سهما ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٢/٦٩ ، ٧٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٤٢٠ .

(٨) انظر : ما تقدم فى : ٤/١٨٩ ، ١٩٠ ، ٩/٣١٨ ، ١٣/٤٦ .

(٩) فى الأصل : « فى » .

(١٠ – ١٠) فى الأصل : « فى شىء » .

ونحوها — إذا طلَبا مِن الحاكمِ أنْ يَقْسِمَه[11] بينهما، أجابَهما إليه، وإنْ لم يثْبُتْ عندَه[12] مِلْكُهما. وبهذا قال أبو يوسفَ ومحمدٌ. وقال أبو حنيفةَ: إن كان عَقارًا نَسَبُوه إلى ميراثٍ، لم يَقْسِمْه حتى يثْبُتَ الموتُ والوَرَثةُ؛ لأنَّ / الميراثَ باقٍ على حُكْمِ مِلْكِ الميِّتِ، فلا يَقْسِمُه[11] احْتياطًا للميِّتِ، [13]وأمَّا ما عدا العَقارَ يقْسِمُه[13]، وإن كانَ ميراثًا؛ لأنَّه يَبُورُ ويهْلِكُ، وقِسْمَتُه تحْفَظُه، وكذلك العَقارُ الذى لا يُنْسَبُ إلى الميراثِ. وظاهرُ قولِ الشَّافعىِّ، أنَّه لا يُقْسَمُ، عَقارًا كان أو غيرَه، ما لم يثْبُتْ مِلْكُهما؛ لأنَّ قَسْمَه بقولِهم لو رُفِعَ بعدَ ذلك إلى حاكمٍ آخَرَ يَستَسْهِلُه[14] أن يجعلَه حُكْمًا لهم، ولعلَّه يكونُ لغيرِهم. ولَنا، أنَّ اليدَ تدُلُّ على المِلْكِ، ولا مُنازِعَ لهمْ، فيَثْبُتُ لهم من طريقِ الظَّاهرِ، ولهذا يجوزُ لهم التَّصرُّفُ، ويجوزُ شراؤُه منهم، واتِّهابُه[15]، واسْتئجارُه. وما ذكَرَه الشافعىُّ ينْدَفِعُ إذا أثْبَتَ[16] فى القَضِيَّةِ أنِّى قَسَمْتُه بينهم بإقْرارِهم، لا عن بَيِّنةٍ شَهِدتْ لهم بمِلْكِهم، وكلُّ ذى حُجَّةٍ على حُجَّتِه. وما ذكَرَه أبو حنيفةَ لا يصِحُّ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ مِلْكُهم، ولا حَقَّ للمَيِّتِ فيه، إلَّا أن يظْهَرَ عليه دَيْنٌ، وما ظَهَرَ، والأصلُ عَدَمُه، ولهذا اكْتفَيْنا به فى غيرِ العَقارِ، وفيما لم يَنْسِبُوه إلى الميراثِ.

46/11 ظ

فصل: وتجوزُ قِسْمَةُ المَكيلاتِ والمَوْزوناتِ، من المَطْعوماتِ وغيرِها؛ لأنَّ جَوازَ قِسْمةِ الأرضِ مع اخْتلافِها، يَدُلُّ على جَوازِ قِسْمَةِ ما لا يَختلفُ بطريقِ التَّنْبيهِ[17]. وسواءٌ فى ذلك الحُبوبُ، والثِّمارُ، والنَّوْرَةُ، والأُشْنانُ، والحديدُ، والرَّصاصُ، ونحوُها[18] من الجَامداتِ، والعصيرُ، والخَلُّ، واللَّبَنُ، والعسلُ، والسَّمْنُ، والدِّبْسُ، والزَّيتُ،

---

(11) فى الأصل: «يقسم».

(12) فى النسخ: «عنه».

(13–13) فى ب: «وما عدا العقار قسمه».

(14) فى الأصل: «سننها». وفى ب: «سنها». وفى الشرح الكبير 217/6: «سهل».

(15) فى الأصل، ا: «وإيهابه».

(16) فى الأصل، ا: «ثبت».

(17) فى الأصل، ا: «البينة».

(18) فى الأصل، ب: «ونحوهما».

والرُّبُّ ونحوُها[19] من المائعاتِ ، وسَواءٌ قُلْنا : إنَّ القِسْمةَ بيعٌ أو [20] إفْرازُ حَقٍّ [20] ؛ لأنَّ بَيْعَه جائزٌ ، وإفْرازَهُ[21] جائزٌ . فإن كان فيها أنْواعٌ ، كحِنطةٍ وشَعيرٍ ، وتمرٍ وزَبيبٍ ، فطلبَ أحدُهما قَسْمَها كلَّ نوعٍ على حِدَتِه ، أُجْبِرَ المُمْتَنِعُ ، وإن طلَبَ قَسْمَها[22] أعْيانًا بالقِيمةِ ، لم يُجْبَرِ المُمْتنِعُ ؛ لأنَّ هذا بَيْعُ نَوعٍ بنَوعٍ آخَرَ ، وليس بقِسْمَةٍ ، فلم / يُجْبَرْ عليه ، كغيرِ الشَّريكِ . فإنْ تَراضَيا عليه ، جاز . وكان بَيْعًا يُعْتَبرُ فيه التَّقابُضُ قبلَ التَّفرُّقِ ، فيما يُعْتَبرُ التَّقابُضُ فيه ، وسائرُ شُروطِ البَيْعِ .

١١/٤٧ و

فصل : فإن كان بينهما ثيابٌ ، أو حيوانٌ ، أو أوَانٍ ، أو خَشَبٌ ، أو عُمُدٌ ، أو أحْجارٌ ، فاتَّفقا على قِسْمَتِها ، جاز ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ قَسمَ الغنائمَ يومَ بَدْرٍ ، [23] ويومَ حُنَينٍ [23] ، ويومَ خَيْبَرَ ، وهى تَشتملُ على أجْناسٍ مِن المالِ ، وسَواءٌ اتَّفقا على قِسْمَةِ كلِّ جنسٍ بينهما ، أو على قِسْمَتِها أعْيانًا بالقِيمَةِ . وإن طلبَ أحدُهما قِسْمَةَ كلِّ نوعٍ على حِدَتِه ، وطلبَ الآخرُ قِسْمَتَه أعْيانًا بالقِيمَةِ ، قُدِّمَ قولُ مَن طلبَ قِسْمَةَ كلِّ نَوْعٍ على حِدَتِه ، إذا أمْكنَ . وإن طَلَبَ أحدُهما القِسْمَةَ ، وأبَى الآخَرُ ، وكان ممَّا لا يُمْكِنُ قِسْمَتُه إلَّا بأخذِ عِوَضٍ عنه مِن غيرِ جنْسِه ، أو قَطْعِ ثوبٍ فى قَطْعِه نَقْصٌ ، أو كَسْرِ إناءٍ[24] ، أو رَدِّ عِوَضٍ ، لم يُجْبَرِ المُمْتنِعُ . [25] وإن أمْكنَ قِسْمةُ كلِّ نَوعٍ على حِدَتِه ، من غيرِ ضَرَرٍ ، ولا رَدِّ عِوَضٍ ، فقال القاضى : يُجْبرُ المُمْتنِعُ [25] . وهو ظاهرُ مذهبِ الشافعىِّ ، [26] وقال أبو الخَطَّابِ [26] : لا أعرفُ فى هذا عن إمامِنا روايةً ، ويَحْتَمِلُ أن لا يُجْبَرَ المُمْتنِعُ . وهو قولُ ابنِ خَيرانَ[27] ، مِن أصحابِ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّ هذا إنَّما يُقْسَمُ أعيانًا بالقِيمَةِ ، فلم يُجْبرِ

---

(١٩) فى الأصل : « ونحوهما » .
(٢٠ - ٢٠) فى الأصل : « إقرار بحق » . ويأتى فى الفصل التالى .
(٢١) فى الأصل : « وإقراره » .
(٢٢) فى الأصل : « قسمتها » .
(٢٣ - ٢٣) سقط من : الأصل .
(٢٤) سقط من : ب .
(٢٥ - ٢٥) سقط من : ب . نقل نظر .
(٢٦ - ٢٦) فى الأصل ، م : « وهو قول أبى الخطاب » .
(٢٧) هو أبو على الحسين بن صالح بن خيران ، أحد أركان مذهب الشافعى ، وكان إماما زاهدا ورعا ، توفى سنة عشرين وثلاثمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٣/٢٧١ - ٢٧٤ .

المُمْتنِعُ عليه ، كما لا يُجْبَرُ على قِسْمةِ الدُّورِ ، بأن يأْخُذَ هذا دارًا وهذا دارًا وهذا دارًا ، وكالجِنْسَيْنِ المُخْتلِفَيْن . ووَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّ الجِنْسَ الواحدَ كالدَّارِ الواحدةِ ، وليس اخْتِلافُ الجِنْسِ الواحِدِ فى القِيمَةِ بأكْثَرَ من اخْتلافِ قِيمَةِ الدَّارِ الكبيرةِ والقَرْيَةِ العَظِيمةِ ، فإنَّ أرضَ القَرْيَةِ تخْتلِفُ ، سِيَّمَا[28] إذا كانت ذاتَ أشْجارٍ مُخْتلِفةٍ ، وأراضٍ مُتنوِّعةٍ ، والدارُ ذاتَ بُيوتٍ واسعةٍ وضيِّقةٍ ، وحديثةٍ وقديمةٍ ، ثم هذا الاخْتلافُ لم يَمْنَعِ الإِجْبارَ على القِسْمَةِ ، كذلك الجِنْسُ الواحدُ ، وفارَقَ / الدُّورَ ؛ فإنَّه أمْكَنَ قِسْمَةُ كلِّ دارٍ على حِدَتِها ، وهٰهُنا لا يُمْكِنُ قِسْمةُ كلِّ ثَوبٍ منها أو إناءٍ على حِدَتِه ، وإن كانتِ الثِّيابُ أنْواعًا ؛ كالحريرِ ، والقُطنِ ، والكَتَّانِ ، فهى كالأجناسِ ، وكذلك سائرُ الأموالِ . والحيوانُ كغَيْرِه من الأمْوالِ ، ويُقْسَمُ النَّوعُ الواحدُ منه . وبه قال الشافعىُّ ، وأبو يوسفَ ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : لا يُقْسَمُ الرَّقيقُ قِسْمةَ إجْبارٍ ؛ لأنَّه تخْتلِفُ منافعُه ، ويُقْصَدُ منه العقلُ والدِّينُ والفِطْنةُ ، وذلك لا يَقَعُ فيه التَّعديلُ . ولَنا ، أنَّ النَّبىَّ ﷺ جَزَّأ العبيدَ الذين أعْتَقَهم الأنْصارِىُّ فى مَرَضِه ثلاثةَ أجْزاءٍ[29] . ولأنَّه نَوْعُ حَيَوانٍ يدْخُلُه التَّقويمُ ، فجازَتْ قِسْمَتُه ، كسائرِ الحيوانِ ، وما ذكرَه[30] غيرُ صَحيحٍ ؛ لأنَّ القِيمَةَ تجْمَعُ ذلك ، وتُعَدِّلُه كسائرِ الأشْياءِ المُخْتلِفةِ .

فصل : والقِسْمةُ إفْرازُ[31] حَقٍّ ، وتَمْييزُ أحدِ النَّصِيبَيْنِ عن[32] الآخَرِ ، وليستْ بَيْعًا . وهذا أحدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ . وقال فى الآخَرِ : هى بَيْعٌ . وحُكِىَ عن أبى عبدِ اللهِ ابنِ بَطَّةَ ؛ لأنَّه يُبْدِلُ نَصِيبَه من أحدِ السَّهْمَيْنِ بنَصِيبِ صاحبِه من السَّهمِ الآخَرِ ، وهذا حقيقةُ البَيْعِ . ولَنا ، أنَّها لا تَفْتَقِرُ إلى لفظِ التَّمْليكِ ، ولا تجبُ فيها الشُّفْعَةُ ، ويدْخُلُها الإِجْبارُ ، وتَلْزَمُ بإخْراجِ القُرْعةِ ، ويَتقدَّرُ أحدُ النَّصِيبَيْنِ بقَدْرِ الآخَرِ ، والبَيْعُ لا يجوزُ فيه شىءٌ[33] من

---

(28) فى م : « سير » خطأ .

(29) تقدم تخريجه ، فى : ٣٩٥/٨ ، ويضاف إليه : وأخرجه ابن ماجه ، فى : باب القضاء بالقرعة ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٦/٢ .

(30) فى الأصل : « ذكروه » .

(31) فى الأصل : « إقرار » .

(32) فى ب ، م : « من » .

(33) فى الأصل ، م : « شيئا » .

ذلك ، ولأنَّها تَنْفرِدُ عن البَيْعِ باسْمِها وأحْكامِها ، فلم تكُنْ بَيْعًا ، كسائرِ العُقودِ ، وفائدةُ الخلافِ ، أنَّها إذا لم تكُنْ بَيْعًا ، جازتْ قِسْمَةُ الثِّمارِ خَرْصًا[34] ، والمَكيلِ وَزْنًا ، والمَوْزونِ كَيْلًا ، والتَّفرُّقُ قبلَ القَبْضِ فيما يُعْتَبرُ فيه القَبْضُ فى البَيْعِ ، ولا يَحْنَثُ إذا حلفَ لا يَبِيعُ بها ، وإذا كان العَقارُ أو نِصْفُه وَقفًا ، جازتِ القِسْمَةُ ، وإن قُلْنا : هى بَيْعٌ. انْعَكسَتْ هذه الأحكامُ ، هذا إذا خَلَتْ من الرَّدِّ ، فإن كان / فيها ردُّ عوَضٍ ، فهى بَيْعٌ ؛ لأنَّ صاحبَ الرَّدِّ يَبْذُلُ المالَ عِوَضًا عَمَّا يَحْصُلُ[35] له من مالِ شَرِيكِه ، وهذا هو البَيْعُ . فإن فَعَلا ذلك فى وَقْفٍ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ بيعَه غيرُ جائزٍ ، وإن كان بعضُه وَقْفًا ، وبعضُه طِلْقًا ، والرَّدُّ من صاحبِ الطِّلْقِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه يَشْتَرِى بعضَ الوَقْفِ ، وإن كان مِن أهلِ الوَقْفِ ، جاز ؛ لأنَّهم يَشْتَرون بعضَ الطِّلْقِ ، وذلك جائزٌ .

١١/٤٨و

فصل : وتُقْبَلُ شَهادةُ القاسِمِ بالقِسْمَةِ إذا كان مُتبرِّعًا ، ولا تُقْبَلُ إذا كان بأُجْرَةٍ . وبهذا قال الإصْطَخْرِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : تُقْبَلُ ، وإن كان بأُجْرَةٍ ؛ لأنَّه لا يَلْحَقُه تُهْمَةٌ ، فقُبِلَ قولُه ، كالمُرْضِعَةِ . وقال الشَّافعىُّ : لا تُقْبَلُ ؛ لأنَّه شَهِدَ على فِعْلِ نفسِه الذى يُوجِبُ تَعْدِيلَه ، فلم تُقْبَلْ ، كشَهادةِ القاضِى المَعْزُولِ على حُكْمِه . ولَنا ، أنَّه شَهِدَ بما لا نَفْعَ له فيه ، فقُبِلَ ، كالأجْنَبِىِّ . وإذا كان بأُجْرَةٍ ، لم يُقْبَلْ ؛ لأنَّه مُتَّهمٌ ، لكَوْنِه يُوجِبُ الأُجْرَةَ لنفسِه ،[36] وهذا نَفْعٌ ، فتكونُ شهادتُه لنَفْسِه[36] . وقولُ الشافعىِّ : إنَّه يُوجِبُ تعديلَه . مَمْنوعٌ ، ولا نُسَلِّمُ لهم ما ذكَروه فى الحُكْمِ[37] .

١٨٨٠ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ سَأَلَ أَحَدُهُمَا شَرِيكَهُ مُقَاسَمَتَهُ ، فَامْتَنَعَ ، أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَى ذَلِكَ ، إِذَا ثَبَتَ[1] عِنْدَهُ مِلْكُهُمَا ، وَكَانَ مِثْلُهُ يَنْقَسِمُ وَيَنْتَفِعَانِ بِهِ مَقْسُومًا)

---

(٣٤) فى النسخ : « حرصا » . والخرص : التقدير .

(٣٥) فى الأصل ، ا : « جعله » . وفى م : « حصل » .

(٣٦ - ٣٦) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٣٧) فى ب « الحاكم » .

(١) فى ب ، م : « أثبت » .

أَمَّا إذا طلبَ أحدُهما القِسْمَةَ ، فامْتنَعَ الآخَرُ ، لم يَخْلُ من حالَيْن ؛ أحدهما ، يُجبَرُ المُمْتنِعُ على القِسْمةِ ، وذلك إذا اجتمعَ ثلاثةُ شُروطٍ ؛ أحدها ، أن يَثْبُتَ عند الحاكمِ مِلْكُهما بِبَيِّنَةٍ ؛ لأَنَّ فى الإجْبارِ على القِسْمَةِ حُكمًا على المُمْتنِعِ منهما ، فلا يَثْبُتُ إلَّا بما ثَبَتَ[2] به المِلْكُ لخَصْمِه ، بخِلافِ حالةِ الرِّضَى ؛ فإنَّه لا يَحْكُمُ على أحدِهما ، إنَّما يَقْسِمُ بقَوْلِهما ورِضَاهُما . الشَّرْط الثانى ، أن لا يكونَ فيهاضررٌ ، فإن كانَ فيهاضررٌ ، لم يُجْبَرِ المُمْتنِعُ ؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ ، ولا إضْرَارَ[3] » . رواه ابنُ ماجه ، / ورواه مالكٌ ، فى « مُوَطَّئِه » مُرْسَلًا[4] ، وفى لفظٍ ، أَنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قَضَى ، أنْ لا ضَرَرَ ولا إضْرَارَ[3] . الشَّرْطُ الثالث ، أن يُمْكِنَ تَعْدِيلُ السِّهامِ من غيرِ شىءٍ يُجْعَلُ معها ، فإن لم يُمْكِنْ ذلك ، لم يُجْبَرِ المُمْتنِعُ ؛ لأَنَّها تَصِيرُ بَيْعًا ، والبَيْعُ لا يُجْبَرُ عليه أحدُ المُتبايِعَيْنِ ، ومثالُ ذلك ، أرضٌ قيمتُها مِائةٌ ، فيها شجرةٌ أو بئرٌ تُساوِى مِائتَيْنِ ، فإذا جُعِلَت الأرضُ سَهْمًا[5] ، كانتِ الثُلثَ ، فيحْتاجُ أن يُجْعلَ معها خمسون[6] يَرُدُّها عليه مَن لم يَخْرُجْ له البئرُ أو الشَّجرةُ ، ليَكونا نِصْفَيْنِ مُتساوِيَيْن ، فهذه فيها بَيْعٌ ، ألا تَرَى أَنَّ آخذَ الأرضِ قد باعَ نَصِيبَه من الشَّجرةِ أو البئرِ بالثَّمنِ[7] الذى أخذَه ، والبَيْعُ لا يُجْبَرُ[8] عليه ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[9] . فإذا اجْتمَعَتِ الشُّروطُ الثلاثةُ ، أُجْبِرَ المُمْتنِعُ منهما على القِسْمَةِ ؛ لأَنَّها تتضمَّنُ إزالةَ ضَرَرِ الشَّرِكةِ عنهما ، وحُصولَ النَّفْعِ لهما ، لأَنَّ نصيبَ كلِّ واحدٍ منهما إذا تميَّزَ ، كان له أن يتصرَّفَ فيه بحَسَبِ اخْتيارِه ، ويَتمكَّنَ مِن إحْداثِ الغِرَاسِ والبِناءِ والزَّرْعِ والسِّقَايةِ[10] والإجارةِ والعارِيَّةِ ، ولا

١١/٤٨ ظ

---

(٢) فى ب ، م : « يثبت » .

(٣) فى م : « ضرار » .

(٤) تقدم تخريجه ، فى : ٤/١٤٠ .

(٥) فى الأصل : « بينهما » .

(٦) فى م : « خمسين » .

(٧) فى الأصل ، ا : « من الثمن » .

(٨) فى م : « يجبره » .

(٩) سورة النساء ٢٩ .

(١٠) فى م : « والساقية » .

يُمْكِنُه ذلك مع الاشْتراكِ ، فوجَبَ أن يُجْبَرَ الآخَرُ عليه ؛ لقولِه عليه السلام : « لَا ضَرَرَ وَلَا إضْرَارَ » . إذا ثبتَ هذا ، فقد اخْتُلِفَ(١١) فى الضَّررِ المانعِ من القِسْمةِ ، ففى قَوْلِ الْخِرَقِىِّ ، هو ما لا يُمْكِنُ معه انْتِفاعُ أحدِهما بنَصِيبِه مُفْرَدًا ، فيما كان يَنْتَفِعُ به مع الشَّرِكَةِ ، مثلَ أن تكونَ بينهما دارٌ صغيرةٌ ، إذا قُسِمَتْ أصابَ كلُّ واحدٍ منهما مَوْضِعًا ضَيِّقًا لا يَنْتَفِعُ به . (١٢ ولو أمْكَنَ أن يَنْتفِعَ به فى شىءٍ غيرِ الدَّارِ ، ولا يُمْكِنُ أن يَنْتفِعَ به١٢) دارًا ، لم يُجْبَرْ على القِسْمةِ أيضًا ؛ لأنَّه ضررٌ يَجْرِى مَجْرَى الإتْلافِ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخرى ، أنَّ المانِعَ هو أن تَنْقُصَ قيمةُ نَصِيبِ أحدِهما بالقِسْمةِ عن حالِ الشَّرِكةِ ، وسواءٌ(١٣) انْتفعُوا به مَقْسُومًا أو لم يَنْتَفِعُوا . / وقال القاضى : هذا ظاهرُ كلامِ أحمدَ ؛ لأنَّه قال ، فى روايةِ الْمَيْمُونِىِّ : إذا قال بعضُهم يَقْسِمُ وبعضُهم لا يَقْسِمُ ، فإن كان فيه نُقْصانٌ مِن ثَمَنِه ، بِيعَ ، وأُعْطُوا الثَّمنَ . فاعْتَبَر نُقْصانَ الثَّمنِ . وهذا ظاهرُ كلامِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ نَقْصَ قِيمَتِه ضَررٌ ، والضَّررُ مَنْفِىٌّ شرعًا . وقال مالكٌ : يُجْبَرُ المُمْتنِعُ وإن اسْتضَرَّ ، قياسًا على ما لا ضَرَرَ فيه . ولا يَصِحُّ ؛ لقولِه عليه السلام : « لَا ضَرَرَ وَلَا إضْرَارَ » . ولأنَّ فى قِسْمَتِه ضَرَرًا ، فلم يُجْبَرْ عليه ، كقِسْمَةِ الجوهرةِ بكَسْرِها ، ولأنَّ فى قِسْمَتِه إضاعةً للمالِ ، وقد نَهَى النَّبىُّ ﷺ عن إضاعتِه(١٤) . ولا يصِحُّ القِياسُ على ما لا ضررَ فيه ؛ لما بينَهما مِن الفَرْقِ ، فإن كان أحدُ الشَّريكين يَسْتضِرُّ بالقِسمةِ دونَ الآخرِ ؛ كرجلَيْن بينهما دارٌ ، لأحدِهما ثُلثاها ، وللآخرِ ثُلثُها ، فإذا قَسَماها(١٥) اسْتضَرَّ صاحبُ الثُّلثِ ؛ لكَوْنِه لا يَحْصُلُ له ما يكونُ دارًا ، ولا يسْتضِرُّ الآخَرُ ؛ لأنَّه يَبْقَى له ما يَصِيرُ دارًا مُفْرَدةً ، فطلبَ صاحبُ الثُّلثَيْنِ القِسْمَةَ ، لم يُجْبَرِ الآخَرُ عليها . ذكرَه أبو الخطَّاب . وهو(١٦) ظاهرُ كلامِ أحمدَ ، فى روايةِ حَنْبَلٍ ، قال : كلُّ قِسْمَةٍ فيها ضَررٌ ، لا أرَى قَسْمَها(١٧) . وهذا قولُ ابنِ أبى ليلى ، وأبى ثَوْرٍ . وقال

١١/٤٩و

---

(١١) فى م : « اختلفوا » .

(١٢ – ١٢) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٣) سقطت الواو من : م .

(١٤) تقدم تخريجه ، فى : ٥١٦/٦ .

(١٥) فى الأصل : « قسمها » .

(١٦) سقط من : ا ، م .

(١٧) فى ب ، م : « قسمتها » .

القاضى : يُجْبَرُ الآخَرُ عليها . وهو قولُ الشَّافعىِّ ، وأهلِ العراقِ ؛ لأنَّه طلَبَ إفْرازَ[18] نَصِيبِه الذى لا يَسْتضِرُّ بتَمْييزِه ، فوجَبتْ إجابتُه إليه ، كما لو كانا لا يَسْتضِرَّان بالقِسْمَةِ . ولَنا ، قولُ النَّبىِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ » . ولأنَّها قِسْمَةٌ يَضُرُّ[19] بها صاحبَه ، فلم يُجْبَرْ عليها ، كما لو اسْتَضرَّا معًا ، ولأنَّ فيه إضاعةَ المالِ ، وقد نَهَى النَّبىُّ ﷺ عن إضاعتِه ، وإذا حَرُمَ عليه [20] إضاعةُ مالِه ، فإضاعةُ [20] مالِ غيرِه أوْلَى . وقد رَوَى عمرُو بنُ جُمَيعٍ[21] ، عن النَّبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لا تَعْضِيَةَ[22] عَلَى أَهْلِ الْمِيرَاثِ ، إِلَّا مَا حَمَلَ الْقَسْمُ » . قال أبو عُبيدةَ : هو أنْ يُخْلِفَ شيئًا ، إذا قُسِمَ كان فيه ضررٌ على بعضِهم ، أو عليهم جميعًا . ولأنَّنا اتَّفقْنا / على أنَّ الضَّررَ مانِعٌ مِن القِسْمَةِ ، وأنَّ الضَّررَ فى حَقِّ أحدِهما مانِعٌ ، ولا يجوزُ أن يكونَ المانِعُ هو ضررَ الطالبِ ؛ لأنَّه مَرْضِىٌّ به مِن جهَتِه ، فلا يجوزُ كونُه مانعًا ، كما لو تَراضَيا عليها مع ضَرَرِهما أو ضررِ أحدِهما ، فتعيَّنَ الضَّررُ المانِعُ فى جهةِ المطْلوبِ ، ولأنَّه ضررٌ غيرُ مَرْضِىٍّ به مِن جهةِ صاحبِه ، فمنَعَ القِسْمَةَ ، كما لو اسْتضرَّا معًا . وإن طلبَ القِسْمةَ المُسْتضِرُّ بها ، كصاحبِ الثُّلثِ فى المسألةِ المَفْروضةِ ، أُجْبِرَ الآخَرُ عليها . هذا مذهبُ أبى حنيفةَ ، ومالكٍ ؛ لأنَّه طلبَ[23] دَفْعَ ضَررِ الشركةِ عنه ، بأمرٍ لا ضررَ على صاحبِه فيه ، فأُجْبِرَ عليه ، كما لا ضَرَرَ فيه . يُحَقِّقُه أنَّ ضررَ الطالبِ مَرْضِىٌّ به من جِهَتِه ، فسقَطَ حُكمُه ، والآخَرُ لا ضررَ عليه ، فصارَ كما لا ضررَ فيه . وذكَرَ

49/11 ظ

---

(18) فى ب ، م : « إفراد » .

(19) فى م : « يستضر » .

(20 – 20) فى ا ، م : « إضاعته ماله ، فإضاعته » .

(21) قال عنه العقيلى : كذاب ، خبيث . الضعفاء الكبير 3/264 . والحديث أخرجه عن ابن حزم ، الدارقطنى فى : كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطنى 4/219 . والبيهقى ، فى : باب ما لا يحتمل القسمة ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى 10/133 . وهو فى : غريب الحديث 2/7 ، والفائق 2/444 ، والنهاية ، لابن الأثير 3/256 .

(22) فى م : « تغصبة » . والإعجام غير واضح فى : الأصل ، م . والتعضية : التفريق . غريب الحديث . الموضع السابق .

(23) فى م : « سلب » .

أصحابُنا أنَّ المذهبَ أنَّه لا يُجْبَرُ المُمْتنِعُ على القِسْمَةِ(٢٤) ؛ لِنَهْيِ النَّبيِّ ﷺ عن إضاعةِ المالِ ، ولأنَّ طلبَ القِسْمَةِ مِن المُستضِرِّ سَفَهٌ ، فلا يجبُ إجابتُه إلى السَّفَهِ . قال الشَّريفُ : متى كان أحدُهما (٢٥ يَسْتضِرُّ ، لم تجبِ القِسْمَةُ . وقال أبو حنيفةَ : متى كانَ أحدُهما ٢٥) يَنْتفِعُ بها ، وَجبتْ . وقال الشَّافعيُّ : إنِ(٢٦) انْتفعَ بها الطالبُ ، وجبَتْ ، وإن اسْتَضرَّ بها الطالبُ ، فعلى وَجْهَيْن . وقال مالكٌ : تجبُ على كلِّ حالٍ . ولو كانت دارٌ بين ثلاثةٍ ، لأحدِهم نِصْفُها ، وللآخرَيْنِ نِصْفُها ، لكلِّ واحدٍ منهما رُبعُها ، فإذا قُسِمَت اسْتضَرَّ كلُّ واحدٍ منهما ، ولم(٢٧) يستضِرَّ صاحبُ النِّصْفِ ، فطلَبَ صاحبُ النِّصْفِ القِسْمَةَ ، وجبَتْ إجابتُه ؛ لأنَّه يُمْكِنُ قِسْمتُها نِصفيْنِ ، فيَصِيرُ حقُّهما لهما دارًا ، وله النِّصْفُ ، فلا يسْتَضِرُّ أحدٌ منهما . ويَحْتَمِلُ أن لا تجبَ عليهما الإجابةُ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يسْتضِرُّ بإفْرازِ نَصِيبِه . (٢٥ وإن طلَبا المُقاسَمةَ ، فامْتنعَ صاحبُ النِّصفِ ، أُجبرَ ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ على واحدٍ منهم . وإن طلَبا إفْرازَ نَصيبِ كلِّ واحدٍ منهما ، أو طلبَ أحدُهما إفرازَ نصيبِه ٢٥) ، لم تَجبِ القِسْمَةُ على قياسِ المذهبِ ؛ لأنَّه إضْرارٌ بالطَّالبِ وسَفَهٌ . على الوَجْهِ الذى ذكَرْناه تجبُ القِسْمَةُ ؛ لأنَّ المطلوبَ منه لا ضَرَرَ عليه . الحالُ / الثانى ، الذى لا يُجْبَرُ أحدُهما على القِسمةِ ، وهى ما إذا عُدِمَ أحدُ الشُّروطِ الثلاثةِ ، فلا تجوزُ القِسْمةُ إلَّا برِضاهما ، وتُسمَّى قِسْمةَ التَّراضِى ، وهى جائزةٌ مع اخْتلالِ الشُّروطِ كلِّها ؛ لأنَّها بمَنْزلةِ البَيْعِ والمُناقلَةِ ، وبيعُ ذلك جائزٌ .

١١/٥٠و

فصل : إذا كانتْ دارٌ بينَ اثْنَيْنِ ، سُفْلُها وعُلْوُها ، فإذا طلَبا قَسْمَها ؛ نظرتَ ، فإن طلبَ أحدُهما قِسْمةَ السُّفْلِ والعُلْوِ بينهما ، ولا ضررَ فى ذلك ، أُجْبِرَ الآخرُ عليه . لأنَّ(٢٨) البناءَ فى الأرضِ يَجْرِى مَجْرَى الغَرْسِ ، يَتْبَعُها(٢٩) فى البَيْعِ والشُّفْعَةِ ، ثم لو طَلَبَ قِسْمةَ

---

(٢٤) فى ب ، م : « القسم » .

(٢٥ - ٢٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٦) فى ب : « متى » .

(٢٧) فى ب ، م : « ولا » .

(٢٨) فى م : « أن » .

(٢٩) فى م : « فيتبعها » .

أرضٍ فيها غِراسٌ، أُجبرَ شَريكُه عليه ، كذلك البناءُ . وإن طلبَ أحدُهما جَعْلَ السُّفْلِ لأَحَدِهما[٣٠] والعُلْوِ للآخَرِ[٣١] ، ويُقْرَع بينهما ، لم يُجْبَرْ عليه الآخَرُ ؛ لثلاثةِ مَعانٍ ؛ أحدُها ، أنَّ العُلْوَ تَبَعٌ[٣٢] للسُّفْلِ ، ولهذا إذا بِيعَا ، تثْبُتُ الشُّفْعةُ فيهما ، وإذا أُفْرِدَ العُلْوُ بالبيعِ[٣٣] ، لم تَثْبُتْ فيه الشفعة ، وإذا كان تَبَعًا له ، لم يُجْعَلِ المَتْبوعُ سَهْمًا والتَّبَعُ[٣٤] سهمًا ، فيصيرُ التَّبَعُ[٣٤] أصْلًا . الثاني ، أنَّ السُّفْلَ والعُلْوَ يجْرِيانِ مَجْرَى الدَّارَيْنِ المُتلاصِقتَينِ[٣٥] ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يُسْكَنُ مُنْفَرِدًا[٣٦] ، ولو كانَ بينهما دارانِ ، لم يكُنْ لأحدِهما المُطالَبةُ بجَعْلِ كلِّ دارٍ نَصِيبًا ، كذا هٰهُنا . الثالث ، أنَّ صاحبَ القَرارِ يَمْلِكُ قَرارَها وهَواءَها ، فإذا جُعِلَ السُّفْلُ نَصِيبًا انْفردَ صاحبُه بالهواءِ ، وليستْ هذه قِسْمةً عادلةً . وبهذا قال الشَّافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَقْسِمُه الحاكمُ ، يَجْعَلُ ذِراعًا من السُّفْلِ بذراعَيْنِ من العُلْوِ . وقال أبو يوسفَ : ذِراعٌ بِذراعٍ . وقال محمدٌ : [٣٧]يَقْسِمُها بالقِيمةِ[٣٧] . واحْتَجُّوا بأنَّها دارٌ واحدةٌ ، فإذا قَسَمَها على ما يَراهُ جازَ ، كالتى لا عُلْوَ لها . ولَنا ، ما ذكَرْناه من المعانى الثلاثةِ ، وفيها رَدُّ ما ذكَروه ، وما يذْكُرونه من كَيْفيَّةِ القِسْمةِ تَحكُّمٌ ، وبعضُه يَرُدُّ بعضًا . وإن طلبَ أحدُهما قِسْمَةَ العُلْوِ / وحدَه ، أو السُّفْلِ وحدَه ، لم يُجَبْ إليه ؛ لأنَّ القِسْمةَ تُرادُ للتَّمْييزِ ، ومع بقاءِ الإشاعةِ [٣٨]فى أحدِهما[٣٨] لا يَحْصُلُ التَّمْييزُ . وإن طلبَ قِسْمةَ السُّفْلِ مُنفرِدًا ، أو العُلوِ مُنْفَرِدًا ، لم يُجَبْ إليه ؛ لأنَّه قد يَحْصُلُ لكلِّ واحدٍ منهما عُلْوُ سُفْلِ الآخَرِ ، فيَستْضِرُّ كلُّ واحدٍ منهما ، ولا يتميَّزُ الحَقَّان .

١١/٥٠ظ

فصل : وإذا كان بينهما دارٌ ، أو خانٌ كبيرٌ ، فطلَبَ أحدُهما قِسْمةَ ذلك ،

---

(٣٠) فى م : « لإحداهما » .
(٣١) فى م : « للآخرين » .
(٣٢) فى ب ، م : « يتبع » .
(٣٣) سقط من : ب .
(٣٤) فى ب : « المتبع » .
(٣٥) فى ب : « المتلاصقين » .
(٣٦) فى الأصل : « مفردا » .
(٣٧ – ٣٧) فى الأصل : « يقسم بالقسمة » .
(٣٨ – ٣٨) سقط من : م .

ولا ضررَ فى قِسْمَتِه، أُجْبرَ المُمْتنِعُ على القِسْمةِ، وتُفْرَدُ بعضُ المساكنِ عن بعضٍ وإن كثُرتِ المَساكنُ. وإن كان بينهما داران، أو خانَان، أو أكْثَرُ، فطلبَ أحدُهما أن يَجْمعَ نَصِيبَه فى إحْدَى الدَّارَيْن، أو أحدِ الخانَيْن، ويَجْعَلَ الباقىَ نَصِيبًا، لم يُجْبَرِ المُمْتنِعُ. وبهذا قال الشافعىُّ. وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: إذا رأى الحاكمُ ذلك، فله فِعْلُه، سَواءٌ تقاربَتا أو تفرَّقَتا؛ لأنَّه أنْفعُ وأعْدَلُ. وقال مالكٌ: إن كانَتا مُتجاوِرَتيْنِ، أُجْبِرَ المُمْتنِعُ من ذلك عليه؛ لأنَّ المُتجاوِرَتَيْنِ تتقارَبُ مَنْفعتُهما، بخِلافِ المُتباعِدَتَيْن. [39]وقال أبو حنيفةَ: إنْ كانت إحْداهما حَجزَتِ[40] الأُخْرَى[41]، أُجبِرَ الممتنعُ[39]، وإلَّا فلا؛ لأنَّهما يَجْريان مَجْرَى الدارِ الواحدةِ. ولَنا، أنَّه نَقْلُ حَقِّه من عَيْنٍ إلى عَيْنٍ أُخْرَى، فلم يُجْبَرْ عليه، كالمُتَفَرِّقَتَيْن[42] على مِلْكٍ، وكما لو لم تكُنْ حَجزَتْها[43] مع أبى حنيفةَ، وكما لو كانتا دارًا ودُكَّانًا[44] مع أبى يوسفَ ومحمدٍ، والحكمُ فى الدَّكاكينِ كالحُكْمِ فى الدُّورِ، وكما لو كانتْ لها عَضائدُ صغارٌ، لا يُمْكِنُ قِسْمةُ كلِّ واحدةٍ منهما[45] مُنْفرِدةً، لم يُجْبَرِ المُمْتنِعُ من قِسْمَتِها[46] عليها.

فصل: وإن كانتْ بينهما أرضٌ واحدةٌ يُمْكِنُ قِسْمتُها، وتَتحقَّقُ[47] فيها الشروطُ التى ذكرْناها، أُجْبِرَ المُمْتنِعُ على قِسْمَتِها[46]، سَواءٌ كانت فارغةً أو ذاتَ شَجرٍ وبِناءٍ. فإن كان فيها نَخْلٌ، وكَرْمٌ، وشَجَرٌ مُخْتلِفٌ، وبناءٌ، فطلَبَ أحدُهما قِسْمَةَ كلِّ عينٍ على حِدَتِها، وطلَبَ الآخرُ قِسْمَةَ الجميعِ بالتَّعْديلِ بالقِيمَةِ، فقال أبو الخَطَّابِ: تُقْسَمُ كلُّ عَيْنٍ على حِدَتِها، وكذلك كُلُّ / مَقْسومٍ، إذا أمْكَنَتِ التَّسْوِيَةُ بين الشَّرِيكَيْنِ فى جَيِّده 11/51و

(39 – 39) سقط من: الأصل.

(40) فى الأصل، م، والشرح الكبير 6/226: «أحجزة». وفى ب: «حجرة». ولعل الصواب ما أثبتناه.

(41) فى ب: «والأخرى».

(42) فى ب، م: «كالمتفرقين».

(43) فى ب، م: «حجة بها».

(44) فى الأصل: «أو دكانا».

(45) فى ب: «منها».

(46) فى ب، م: «قسمها».

(47) فى الأصل: «أو تتحقق».

ورَدِيئِه ، كان أَوْلَى . ونحوَ هذا قال أصْحابُ الشافعيِّ ؛ فإنَّهم قالوا : إذا أَمْكَنَتِ التَّسْويَةُ بين الشَّريكَيْنِ فى جَيِّده ورَدِيئِه ، بأَنْ يكونَ الجَيِّدُ فى مُقَدَّمِها والرَّدِىءُ فى مُؤَخَّرِها ، فإذا قَسَمْناها صارَ لكلِّ واحدٍ من[48] الجَيِّدِ والرَّدِىءِ مثلُ ما للآخرِ ، وَجَبتِ القِسْمَةُ ، وأُجْبِرَ المُمْتَنِعُ عليها ، وإن لم تُمْكِنِ القِسْمَةُ هكذا ، بأن تكونَ العِمارةُ أو الشجرُ والجَيِّدُ لا تُمْكِنُ قِسْمَتُه وَحْدَه ، وأَمْكَنَ التَّعْدِيلُ بالقِيمَةِ ، عُدِّلَتْ بالْقِيمةِ ، وأُجْبِرَ المُمْتَنِعُ[49] من القِسْمةِ[49] عليها . وقال الشافعيُّ ، فى أحَدِ القَوْلَيْن : لا يُجْبَرُ المُمْتَنِعُ من القِسْمةِ عليها . [50] وقالوا : إذا كانتِ الأرضُ ثلاثينَ جَرِيبًا[51] ، قيمةُ عشرةِ أَجْرِبَةٍ منها كقِيمَةِ عِشْرين[52] ، لم يُجْبَرِ المُمْتَنِعُ من القِسْمةِ عليها[50] ؛ لتعذُّرِ التَّساوِى فى الزَّرْعِ ، ولأنَّه لو كان حَقْلان مُتجاوِران[53] لم يُجْبَرِ المُمْتنعُ من القِسْمةِ ، إذا لم تُمْكِنْ إلَّا بأن يُجْعَلَ كلُّ واحدٍ منهما سَهْمًا[54] ، كذا هٰهُنا . ولَنا ، أنَّه مكانٌ واحدٌ ، أمْكَنَتْ قِسْمَتُه ، وتَعْديلُه ، من غيرِ رَدِّ عِوضٍ ولا ضَررٍ ، فوجَبتْ قِسْمَتُه ، كالدُّورِ . ولأنَّ ما ذكَرُوه يُفْضِى إلى مَنْعِ وُجوبِ القِسْمةِ فى البَساتِينِ كلِّها[55] والدُّور ؛ فإنَّه لا يُمْكِنُ تَساوِى الشَّجرِ وبناءِ الدُّورِ ومَساكِنِها إلَّا بالقِيمةِ ، ولأنَّه مكانٌ لو بِيعَ بعضُه وجَبتْ فيه الشُّفْعةُ لشَرِيكِ البائعِ ، فوجَبتْ قِسْمَتُه ، كما لو أمْكَنَتِ التَّسْوِيَةُ بالزَّرْعِ . وأمَّا إذا كان بُسْتانان ، لكلِّ واحدٍ منهما طريقٌ ، أو حَقْلان ، أو دَارَان ، أو دُكَّانان مُتجاوِران أو مُتَباعِدان ، فطلبَ أحدُ الشَّرِيكَيْنِ قِسْمَتَه ، بجَعْلِ كلِّ واحدٍ بينهما ، لم يُجْبَرِ الآخَرُ على هذا ، سواءٌ كانا مُتَساوِيَيْنِ أو مُخْتَلِفَيْنِ . وهذا ظاهرُ مذهبِ الشَّافعيِّ ؛ لأنَّهما شيئان مُتَميِّزان ، لو بِيعَ أحدُهما ، لم تجبِ الشُّفْعةُ فيه لمالكِ / الآخَرِ ، بخلافِ البُسْتانِ الواحدِ ، والأرضِ الواحدةِ وإن عظُمَتْ ، فإنَّه ١١/٥١ظ

---

(٤٨) فى م : « فى » .

(٤٩ - ٤٩) سقط من : الأصل .

(٥٠ - ٥٠) سقط من : ب . نقل نظر .

(٥١) الجريب من الأرض والطعام : مقدار معلوم . انظر تفصيله فى تاج العروس (ج ر ب) .

(٥٢) فى النسخ : « عشر » . وانظر : الشرح الكبير ٢٢٧/٦ .

(٥٣) كذا ، على أن « كان » بمعنى وجد . وانظر : الشرح الكبير ٢٢٧/٦ .

(٥٤) فى الأصل : « بينهما » .

(٥٥) سقط من : ب .

إذا بِيعَ بعضُها ، وجبَتِ الشُّفْعةُ لمالكِ البعضِ الباقى ، والشُّفْعةُ كالقِسْمةِ ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهما يُرادُ لإزالةِ ضَررِ الشَّرِكةِ ، ونُقْصانِ التَّصرُّفِ ، فما لا تَجِبُ قِسْمتُه ، لا تَجِبُ الشُّفْعَةُ فيه ، فكذلك ما لا شُفْعَةَ فيه ، لا تجِبُ قِسْمتُه ، وعكسُ هذا ما تجِبُ قِسْمتُه ، تَجِبُ فيه الشُّفْعةُ ، وما تَجِبُ الشُّفْعَةُ فيه ، تَجِبُ قِسْمتُه . ولأنَّه لو بَدَا الصَّلاحُ فى بعضِ البُسْتانِ ، كان صلاحًا لباقِيه وإن كان كبيرًا . ولم يكُنْ صَلاحًا لما جاوَرَه[٥٦] وإن كان صغيرًا .

فصل : وإذا[٥٧] كان فى الأرضِ زرْعٌ ، فطلَبَ أحدُهما قِسْمتَها دونَ الزَّرعِ ، أُجْبِرَ المُمْتنِعُ ؛ لأَنَّ الزَّرْعَ فى الأرضِ كالقُماشِ فى الدَّارِ ، فلم يَمْنَعِ القِسْمةَ ، كالقُماشِ ، وسواءٌ خرَجَ الزَّرْعُ ، أو كان بَذْرًا لم يَخْرُجْ ، فإذا قَسَماها ، بَقِىَ الزَّرْعُ بينهما مُشْترَكًا ، كما لو باعَا الأرْضَ لغيرِهما . وإن طلبَ أحدُهما قِسْمةَ الزَّرْعِ مُنْفرِدًا ، لم يُجْبَرِ الآخَرُ عليه ؛ لأَنَّ القِسْمةَ لا بُدَّ فيها من تَعْديلِ المَقْسُومِ ، وتَعْدِيلُ الزَّرْعِ بالسِّهام لا يُمْكنُ ؛ لأنَّه يُشْتَرطُ بَقاؤُه فى الأرضِ المُشْتَرَكةِ . وإن طلبَ قِسْمتَها مع الزَّرْعِ ، وكان قد خَرَجَ ، جاز ، وأُجْبِرَ المُمْتنِعُ عليه ، سَواءٌ كان قَصِيلًا[٥٨] ، أو قد[٥٩] اشْتَدَّ الحَبُّ فيه ؛ لأَنَّ الزَّرْعَ كالشجرِ فى الأرْضِ ، والقِسمَةَ إفْرازُ[٦٠] حقٍّ ، وليست بَيْعًا . وإن قُلْنا : هى بَيْعٌ . لم يَجُزْ[٦١] إذا اشْتدَّ الحَبُّ ؛ لأنَّه يتضمَّنُ بَيْعَ السُّنْبُلِ بعضِه ببعضٍ . ويَحْتَمِلُ الجوازَ ؛ لأَنَّ السَّنابِلَ هٰهُنا دخلَتْ تَبعًا للأرْضِ ، فليْسَتِ المقْصودَ ، فأشْبَهَ بَيْعَ النَّخْلةِ المُثْمِرةِ بمِثْلِها . وقال الشافعىُّ : لا يُجْبَرُ المُمْتنِعُ مِن قِسْمَتِها مع الزَّرْعِ ؛ لأَنَّ الزَّرْعَ مُودَعٌ فى الأرضِ للنَّقْلِ عنها ، فلم تجِبْ قِسْمتُه معها ، كالقُماشِ فيها . ولَنا ، أنَّه ثابتٌ فيها للنَّماءِ والنَّفْعِ ، فأشْبَهَ الغِراسَ ، وفارَقَ القُماشَ ، فإنَّه غيرُ مَتَّصِلٍ بالدَّارِ ، ولا ضررَ / عليه فى نَقْلِه . وإن كان ١١/٥٢و

---

(٥٦) فى ب ، م : « جاوزه » .

(٥٧) فى م : « وإن » .

(٥٨) القصيل : ما يقتصل أى يؤخذ من الزرع وهو أخضر .

(٥٩) سقط من : ب ، م .

(٦٠) فى الأصل : « إقرار » .

(٦١) فى ب ، م : « يجبر » .

الزَّرْعُ بَذْرًا فى الأرضِ ، فقال أصحابُنا : لا تجوزُ قِسْمَتُه ؛ لجَهالتِه ، وكَوْنِه لا يُمْكِنُ إفرازُه[٦٢] . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . ويَحْتَمِلُ الجوازَ ؛ لأنَّه يدخلُ تَبعًا للأرضِ ، فلا تَضُرُّ جَهالتُه ، كأساساتِ الحِيطانِ ، وكذلك لو اشْتَرى أرْضًا فيها زَرْعٌ فاشْتَرطَه[٦٣] ، مَلكَه بالشَّرْطِ ، وإن كان بَذْرًا مَجْهولًا .

فصل : إذا كانتْ بينهما[٦٤] أرضٌ قِيمتُها مِائةٌ ، فى أحدِ جانِبَيْها بئرٌ قِيمتُها مِائةٌ ، وفى الآخَرِ شجرةٌ قيمتُها مائةٌ ، عُدِّلتْ بالقِيمةِ ، وجُعِلَتِ البئرُ مع نصفِ الأرضِ بينهما[٦٥] نَصِيبًا ، والشجرةُ مع النِّصْفِ الآخَرِ[٦٦] نَصِيبًا . فإن كانتْ بين ثلاثةٍ أو أكثرَ ؛ نَظَرْتَ فى الأرضِ ، فإن كانتْ قِيمتُها مِائةً[٦٧] أو أقلَّ ، لم تجِبِ القِسْمةُ ؛ لأنَّها إذا كانتْ أقلَّ ، لم يُمْكِنِ التَّعْدِيلُ إلَّا بقسمةِ البئرِ والشجرةِ ، وذلك ممَّا لا تَجِبُ قِسْمتُه ، وإن كانتْ قيمتُها مِائةً[٦٧] ، فجعَلْناها سَهمًا ، والبئرَ سهمًا ، والشجرةَ سهمًا ، لم يَحْصُلْ مع البئرِ والشجرةِ شىءٌ من الأرضِ ، [٦٨] فيَصِيرُ هذا[٦٨] كقِسْمةِ الشَّجرِ وَحْدَه ، وقِسْمةُ ذلك وَحْدَه ليستْ قِسْمةَ إجْبارٍ . وإن كانتِ الأرضُ كثيرةَ[٦٩] القِيمةِ ، بحيثُ يأْخُذُ بعضُ الشُّركاءِ سِهامَهم منها ، ويَبْقَى منها شىءٌ مع البئرِ والشَّجرةِ ، وجَبَتِ القِسْمةُ ، ومِثالُه أن تكونَ قِيمةُ الأرضِ مِائتَيْنِ وخَمسين ، فتُجْعَلُ[٧٠] مِائةٌ وخمسين سهمًا ، ويُضَمُّ إلى البئرِ ما قِيمتُه خمسون ، وإلى الشجرةِ مثلُ ذلك ، فتصِيرُ ثلاثةَ سِهامٍ مُتساوِيةً ، وفى كلِّ سهمٍ جُزْءٌ من أجْزاءِ الأرضِ ، فتجِبُ القِسْمةُ حينئذٍ . وكذلك لو كانوا أربعةً ، وقيمةُ الأرضِ أربعَمائةٍ ، وجَبتِ القِسْمةُ ؛ لأنَّنا نَجْعَلُ ثَلاثَمائةٍ منها سَهْمَيْنِ ، ومِائةً مع البئرِ والشجرةِ سَهْمَيْن ، فتعدَّلتِ السِّهامُ .

---

(٦٢) فى الأصل : « إقراره » .

(٦٣) فى م : « فاشترطوا » .

(٦٤) سقط من : ب .

(٦٥) سقط من : م .

(٦٦) سقط من : الأصل ، ب .

(٦٧ – ٦٧) سقط من : ب . نقل نظر .

(٦٨ – ٦٨) سقط من : الأصل .

(٦٩) فى ب ، م : « كبيرة » .

(٧٠) فى م : « فيجعلها » .

ولو كانتِ الأرضُ لاثْنين ، فأرادا قِسْمَةَ البئرِ والشَّجرةِ دونَ الأرضِ ، لم تكنْ قِسْمَةَ إجبارٍ ، وهكذا / الأرضُ ذاتُ الشَّجَرِ ، إذا اقْتُسِمَ الشجرُ دونَ الأرضِ ، لم تكُنْ قِسْمَةَ إجْبارٍ . ولو اقْتسماها بشَجرِها ، كانت قِسْمةَ إجْبارٍ ؛ لأنَّ الشجرَ يَدْخُلُ تبَعًا للأرضِ ، فيَصِيرُ الجميعُ كالشيءِ الواحدِ ، ولهذا تجبُ فيه الشُّفْعةُ إذا بيعَ شيءٌ من الأرضِ بشَجَرِه . وإذا قُسِمَ ذلك دونَ الأرضِ ، صارَ أصْلًا في القِسْمةِ ، ليس بتابعٍ لشيءٍ واحدٍ ، فيَصِيرُ كأعْيانٍ مُفْرَدةٍ من الدُّورِ والدَّكاكينِ المُتفرِّقةِ ، ولهذا لا تَجبُ فيه الشُّفْعةُ إذا بِيعَ مُفْرَدًا . وكلُّ قِسْمةٍ غيرِ واجبةٍ ، إذا تَراضَيا بها ، فهى بَيْعٌ ، حُكْمُها حُكْمُ البَيْعِ .

١١/٥٢ ظ

١٨٨١ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قُسِمَ ، طُرِحَتِ السِّهَامُ ، فَيَصِيرُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مَا وَقَعَ سَهْمُهُ عَلَيْهِ ، إِلَّا أَنْ يَتَرَاضَيَا ، فَيَكُونُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مَا رَضِىَ بِهِ)

وجملتُه أنَّ القِسْمةَ على ضَرْبَيْنِ ؛ قِسْمةُ إجْبارٍ ، وقِسمةُ تَراضٍ . وقد ذَكرْنا أنَّ قِسْمةَ الإجْبارِ ما أمْكَنَ التَّعْدِيلُ فيها مِن غيرِ رَدٍّ . ولا تخْلُو مِن أربعةِ أقسامٍ ؛ أحدُها ، أن تكونَ السِّهامُ مُتَساوِيَةً ، وقيمةُ أجْزاءِ المَقسومِ مُتَساوِيةً . الثانى ، أن تَكونَ السِّهامُ مُتَساوِيةً ، وقِيمةُ الأجْزاءِ مُخْتلِفةً . الثالث ، أن تكونَ السِّهامُ مُخْتلِفةً وقيمةُ الأجْزاءِ مُتَساوِيَةً . الرابع ، أن تكونَ السِّهامُ مُخْتلِفةً ، والقِيمةُ مُخْتلِفةً[1] . فأمَّا الأوَّلُ ، فمِثْلُ أرضٍ بين سِتَّةٍ ، لكلِّ واحدٍ منهم[2] سُدسُها ، وقِيمةُ أجْزاءِ الأرضِ مُتَساوِيةٌ ، فهذه تَعْدِلُها بالمساحةِ سِتَّةَ أجزاءٍ مُتساوِيةٍ ؛ لأنَّه يَلْزَمُ من تَعْديلِها بالمساحةِ تَعْديلُها بالقِيمةِ ، لتَساوِى أجْزائِها فى القِيمةِ ، ثم يُقْرَعُ بينهم ، وكيفما أُقْرِعَ بينهم جازَ ، فى ظاهرِ كلامِ أحمدَ ؛ فإنَّه قال فى روايةِ أبى دَاودَ : إن شاءَ رِقاعًا ، وإن شاءَ خَواتيمَ ، يُطْرَحُ ذلك فى حِجْرِ مَن لم يَحْضُرْ ، ويكونُ لكلِّ واحدٍ خاتَمٌ مُعَيَّنٌ ، ثم يقالُ : أخْرِجْ خاتَمًا على هذا السَّهْمِ . فمَن خَرَجَ خاتَمُه فهو له ، وعلى هذا ، لو أُقْرِعَ بالحَصا أو غيرِه جازَ . واخْتارَ أصحابُنا فى القُرْعةِ أن يَكْتُبَ رِقاعًا مُتساوِيَةً / بعددِ السِّهامِ ، وهو هٰهُنا مُخَيَّرٌ بين أن يُخْرِجَ الأسْماءَ على السِّهامِ ، وبين

١١/٥٣ و

---

(١) لم يرد فى : الأصل .

(٢) فى م : « منهما » .

إخراجِ السِّهامِ على الأسْماءِ ، فإن أخرَجَ الأسماءَ على السِّهامِ ، كتبَ فى كلِّ رُقْعةٍ اسمَ كلِّ[٣] واحدٍ من الشُّركاءِ ، وتُتْرَكُ فى بَنادِقِ طِينٍ أو شَمْعٍ مُتَساوِيةِ القَدْرِ والوَزْنِ ، ويُتْرَكُ فى حِجْرِ مَن لم يَحْضُرِ القِسْمَةَ ، ويُقالُ له : أخْرِجْ بُندقةً على هذا السَّهمِ . فإذا أخْرَجَها كان ذلكَ السَّهمُ لمَن خرجَ اسمُه فى البُنْدُقةِ ، ثم يُخْرِجُ أُخْرَى على سهمٍ آخرَ ، كذلكَ حتى يَبْقَى الأخيرُ ، فيتعيَّنُ لمَن بَقِىَ . وإن اخْتارَ إخراجَ السِّهامِ على الأسْماءِ ، كتبَ فى الرِّقاعِ أسْماءَ السِّهامِ ، فيكْتُبُ فى رُقْعةِ الأوَّلِ ممَّا يَلِى جِهَةَ كذا ، وفى أُخرَى الثانىَ ، حتى يكْتُبَ السِّتَّةَ ، ثم يُخْرِجُ الرُّقْعةَ على واحدٍ بعَيْنِه ، فيكونُ له السَّهْمُ الذى فى الرُّقعةِ . ويَفْعلُ ذلك حتى يَبْقَى الأخيرُ ، فيتَعيَّنُ لمن بَقِىَ . وذكرَ أبو بكرٍ ، أنَّ البَنادِقَ تُجْعلُ طِينًا ، وتُطْرَحُ فى ماءٍ ، ويُعَيَّنُ واحدٌ ، فأىُّ البَنادقِ انْحَلَّ الطِّينُ عنها ، وخرجتْ رُقْعتُها[٤] على الماءِ ، فهى له ، وكذلك الثَّانى والثالثُ وما بعدَه ، فإنْ خرجَ اثنانِ معًا[٥] أُعيدَ الإقْراعُ . والأُولَى[٦] أوْلَى وأسْهَلُ . القسمُ الثانى ، أن تكونَ السِّهامُ مُتَّفِقةً والقِيمةُ مُختلِفةً ، فإنَّ الأرضَ تُعَدَّلُ بالقِيمةِ ، وتُجْعَلُ سِتَّةَ أسْهُمٍ مُتساوِيةِ القِيمةِ . ويُفْعَلُ فى إخراجِ السِّهامِ مِثلُ الذى قبلَه سواءً ، لا فَرْقَ بينهما إلَّا أنَّ التَّعْدِيلَ تَمَّ بالسِّهامِ ، وهٰهُنا بالقِيمَةِ . القسمُ الثالثُ ، أن تكونَ القيمةُ مُتَساويةً والسِّهامُ مُخْتلفةً ؛ مثلَ أرضٍ بينَ ثلاثةٍ ، لأحدِهم نِصفُها ، وللآخرِ ثُلثُها ، وللآخرِ سُدسُها ، وأجزاؤُها مُتَساويةُ القِيَمِ[٧] ، فإنَّها تُجْعَلُ سِهامًا بقَدْرِ أقلِّها ، وهو السُّدسُ ، فتُجْعَلُ سِتَّةَ أسْهُمٍ ، وتُعَدَّلُ بالأجْزاءِ ، ويَكْتُبُ ثلاثَ رِقاعٍ بأسْمائهم ، ويُخْرِجُ رُقْعةً على السَّهْمِ الأوَّلِ ، فإن خرَجتْ لصاحبِ السُّدسِ ، أخذَه / ، ثم يُخْرِجُ أُخْرَى على الثانى ، فإن خرَجتْ[٨] لصاحبِ الثُّلثِ ، أخذَ الثانىَ والثالثَ ، وكانتِ الثَّلاثةُ الباقيةُ لصاحبِ النِّصفِ بغيرِ قُرْعَةٍ ، وإن خرَجتِ القُرْعةُ الثانيةُ لصاحبِ النِّصْفِ ، أخذَ الثانىَ والثالثَ والرابعَ ، وكان الخامسُ والسادسُ لصاحبِ

١١/٥٣ظ

---

(٣) فى ب زيادة : « كل » .

(٤) فى ب : « برقعتها » .

(٥) سقط من : ب ، م .

(٦) فى م : « والأول » .

(٧) فى م : « القيمة » .

(٨) سقط من : م .

الثُّلثِ ، وإن خرَجتِ القُرْعةُ الأُولَى لصاحبِ النِّصْفِ ، أخذَ الثَّلاثةَ الأُوَلَ ، وتَخْرُجُ الثانيةُ على الرَّابعِ ، فإن خَرجتْ لصاحبِ الثُّلثِ ، أخذَه والذى يَلِيه ، وكان السادسُ لصاحبِ السُّدسِ ، فإن خرَجتِ الثانيةُ لصاحبِ السُّدسِ ، أخذَه ، وأخذَ الآخَرُ الخامسَ والسَّادسَ ، وإن خرَجتِ الأُولَى لصاحبِ الثُّلثِ ، أخذَ الأوَّلَ والثانىَ ، ثم يُخْرِجُ الثانيةَ على الثالثِ ، فإن خَرجتْ لصاحبِ النِّصْفِ ، أخذَ الثالثَ والرابعَ والخامسَ ، وأخذَ الآخِرُ السَّادسَ ، وإن خرَجتِ الثانيةُ لصاحبِ السُّدسِ ، أخذَه ، وأخذَ صاحبُ النِّصْفِ ما بَقِىَ . وقيلَ : تُكْتَبُ سِتُّ رِقاعٍ ، باسمِ صاحبِ النِّصْفِ ثلاثٌ ، وباسْمِ صاحبِ الثُّلثِ اثْنتان ، وباسْمِ صاحبِ السُّدسِ واحدةٌ . وهذا لا فائدةَ فيه ؛ فإنَ المقْصودَ خُروجُ اسْمِ صاحبِ النِّصْفِ ، وإذا كَتَبَ ثلاثَ رِقاعٍ حصلَ المَقْصودُ فأغْنَى . ولا يَصِحُّ أن يَكْتُبَ رِقاعًا بأسْماءِ السِّهامِ ، ويُخْرِجَها على أسْماءِ المُلَّاكِ ؛ لأنَّه إذا أَخْرَجَ واحدةً فيها السَّهْمُ الثانى لصاحبِ السُّدسِ ، ثم أخْرَجَ أُخْرَى لصاحبِ النِّصْفِ أو الثُّلثِ فيهما السَّهْمُ الأوَّلُ ، احْتاجَ أن يأْخُذَ نَصيبَه مُتفرِّقًا ، فيَتضرَّرُ بذلك . القسم الرابع ، إذا اخْتلفتِ السِّهامُ والقيمةُ ، فإنَّ القاسمَ يُعَدِّلُ السِّهامَ بالقِيمةِ ، ويَجْعلُها ستَّةَ أسْهُمٍ مُتَساويةَ القِيَمِ ، ثم يُخْرِجُ الرِّقاعَ فيها الأسْماءُ على السِّهامِ ، كما ذكَرْنا فى القسمِ الثالثِ سواءً ، لا فَضْلَ بينهما ، إلَّا أنَّ التَّعْدِيلَ هٰهُنا بالقِيَمِ ، وفى التى قبلَها بالمِساحةِ . وأمَّا الضَّرْبُ الثانى ، وهى قِسْمةُ التَّراضِى التى فيها رَدٌّ ، ولا يُمْكنُ تَعْدِيلُ السِّهامِ إلَّا أن يُجْعَلَ / مع بعضِها عِوَضٌ ، فهذه لا إجْبارَ فيها ؛ لأنَّها مُعاوَضةٌ ، ولا يُجْبَرُ على المُعاوضةِ ، وكذلك سائرُ ما لا تجبُ قِسْمتُه ، كالدَّارَيْنِ تُجْعَلُ كلُّ واحدةٍ منهما سَهْمًا ، وما يَدْخلُ الضَّررُ عليهما بقِسْمتِه ، وأشْباهِ هذا ، وقد ذكَرْنا منه صُوَرًا فيما تقدَّمَ . إذا ثبتَ هذا ، فإنَّ قِسمةَ الإجْبارِ تَلْزَمُ بإخْراجِ القُرْعةِ ؛ لأنَّ قُرْعةَ قاسمِ الحاكمِ بمَنْزلةِ حُكْمِه ، فيَلْزَمُ بإخراجِها كلُزُومِ حُكمِ الحاكمِ . وأمَّا قِسْمةُ التَّراضِى ، ففيها وَجْهان ؛ أحدُهما ، تلزَمُه أيضًا ، كقِسْمةِ الإجْبارِ ؛ لأنَّ القاسِمَ كالحاكمِ ، وقُرْعتَه كحُكْمِه . والثانى ، لا تَلْزَمُ ؛ لأنَّها بَيْعٌ ، والبيعُ (٩لا يَلْزَم إلَّا٩) بالتَّراضِى ، لا بالقُرْعةِ ، وإنَّما القُرْعةُ هٰهُنا لتَعْريفِ(١٠) البائعِ من

١١/٥٤ و

(٩ – ٩) فى م : « يلزم » .

(١٠) فى م : « لتعرف » .

المُشْتَرِى ، فأمَّا إن تَراضَيا على أنْ يأخُذَ كلُّ واحدٍ منهما واحدًا من السَّهْمَيْنِ بغيرِ قُرْعةٍ ، فإنَّه يجوزُ ؛ لأنَّ الحقَّ لهما ، ولا يَخْرُجُ عنهما ، وكذلك لو خَيَّرَ أحدُهما صاحبَه فاخْتارَ ، ويَلْزَمُ هٰهُنا بالتَّراضِى وتَفَرُّقِهما ، كما يَلْزَمُ البيعُ .

فصل : ويجوزُ للشَّريكَيْنِ أن يَقْتسِما بأنْفُسِهما ، وأن يأْتِيَا الحاكمَ لِيَنْصِبَ بينهما قاسِمًا يَقْسِمُ لهما ، وأن يَنْصِبا قاسِمًا يَقْسِمُ لهما ، فإن نصَبَ الحاكمُ قاسِمًا لهما ، فمِن شَرْطِه العَدالةُ ، ومعرفةُ الحسابِ[11] والقِسْمةِ ، لِيُوصِلَ إلى كلِّ ذى حقٍّ حقَّه . وهذا قولُ الشافعىِّ ، إلَّا أنَّه يَشْترِطُ كونَه[12] حُرًّا . وإن نصَبا قاسِمًا بينهما ، فكان على صِفَةِ قاسِمِ الحاكِمِ فى العَدالةِ والمَعْرفةِ ، فهو كقاسِمِ الحاكِمِ ، فى لُزومِ قِسْمتِه بالقُرْعةِ ، وإن كان كافِرًا ، أو فاسقًا ، أو غيرَ عارفٍ بالقِسْمةِ ، لم تَلْزَمْ قِسْمتُه إلَّا بتراضِيهما بها ، ويكونُ وُجودُه كعدمِه ، فيما يَرْجِعُ إلى لُزومِ القِسْمةِ . ويُجْزِئُ قاسمٌ واحدٌ فيما لا يَحْتاجُ إلى تَقْويمٍ ، فإن احْتاجَ القَسْمُ إلى التَّقويمِ[13] ، احتاجَ إلى قاسِمَيْنِ ؛ / لأنَّه يَحْتاجُ إلى أن يكونَ المُقَوِّمُ اثْنَيْنِ ، ولا يَكْفِى فى التَّقويمِ واحدٌ . فمتى نصَبا قاسِمًا أو نَصَبَه الحاكمُ ، وكانت الشُّروطُ فيه مُتَحقِّقةً ، لزِمَتِ القِسْمةُ بقُرْعتِه . وإن اخْتَلَّ فيه بعضُ الشُّروطِ ، لم تَلْزَمِ القِسْمةُ إلَّا بتَراضِيهما ؛ لأنَّ وُجودَه وعَدَمَه واحدٌ . وإن قَسَما بأنْفُسِهما ، وأقْرَعا ، لم تَلْزَمِ[14] القِسمةُ إلَّا بتراضِيهما بعدَ القُرْعةِ ؛ لأنَّه لا حاكمَ بينهما ، ولا مَن يَقُومُ مَقامَه .

١١/٥٤ ظ

فصل : وعلى الإمامِ أن يَرْزُقَ القاسِمَ مِن بيتِ المالِ ؛ لأنَّ هذا مِن المصالحِ ، وقد رُوِىَ أنَّ عَلِيًّا ، رَضِىَ اللهُ عنه ، اتَّخذَ قاسِمًا ، وجَعَلَ له رِزْقًا من بيتِ المالِ[15] . فإن لم يَرْزُقْه الإمامُ ، قال الحاكمُ للمُتقاسِمَيْنِ[16] : ادْفَعا إلى القاسِمِ أُجْرَةً لِيَقْسِمَ بينَكما . فإن

---

(١١) فى م زيادة : « والقيمة » .

(١٢) فى الأصل : « أن يكون » .

(١٣) فى الأصل : « تقويم » .

(١٤) فى ب ، م : « تلزمه » .

(١٥) انظر : ما أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى أجر القسام ، من كتاب آداب القاضى . السنن الكبرى ١٠/١٣٢ ، ١٣٣ .

(١٦) لم يرد فى : الأصل .

اسْتأْجرَه كلُّ واحدٍ منهما بأجْرٍ مَعْلومٍ ليَقْسِمَ نَصِيبَه ، جازَ ، وإن اسْتأجَرُوه جميعًا إجارةً واحدةً ليَقْسِمَ بينهم الدارَ بأجْرٍ واحدٍ معلومٍ ، لَزِمَ كلَّ واحدٍ منهم مِن الأجْرِ بقَدْرِ نَصيبِه مِن المَقْسومِ . وبهذا قالَ الشَّافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : يكونُ عليهم على عَدَدِ رُءوسِهم ؛ لأنَّ عملَه فى نَصِيبِ أحدِهما كعَمَلِه فى نَصيبِ الآخَرِ ، سواءٌ تَساوتْ سِهامُهم أو اخْتلفَتْ ، فإنَّ[17] الأجرَ بينهم سواءٌ . ولَنا ، أنَّ أجرَ القِسْمةِ يتعلَّقُ بالمِلكِ ، فكان بينهم على قَدْرِ الأمْلاكِ ، كنَفَقةِ العَبْدِ ، وما ذكرَهُ[18] لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ العملَ فى أكْبرِ النَّصيبيْنِ أكثرُ ، ألا تَرَى أنَّ المَقْسُومَ لو كان مَكِيلًا أو مَوزونًا ، كان كَيلُ الكثيرِ أكْثرَ عملًا مِن كَيلِ القَليلِ ، وكذلك الوزنُ والزَّرْعُ ، وعلى أنَّه يَبْطُلُ بالحافِظِ ، فإنَّ حِفْظَ القليلِ والكثيرِ سَواءٌ ، ويَخْتلِفُ أجْرُه باخْتلافِ المالِ .

فصل : وأُجْرةُ القِسْمةِ بينَهما وإن كان أحدُهما الطَّالبَ لها . وبهذا قال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ ، والشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : هى على الطَّالبِ للقِسْمةِ ؛ لأنَّها حَقٌّ له . ولَنا ، أنَّ الأُجْرةَ تَجِبُ بإفْرازِ الأنْصِباءِ ، وهم فيها سَواءٌ ، فكانتِ الأُجْرةُ عليهما / ، كما لو تَراضَوا عليها . ١١/٥٥و

فصل : وإذا ادَّعَى أحدُ المُتقاسِمَيْن غَلطًا فى القِسمةِ ، وأنَّه أُعْطِىَ دونَ حَقِّه ؛ نَظَرْتَ ، فإن كانتْ قِسمتُه تَلْزَمُ بالقُرْعةِ ، ولا تَقِفُ على تَراضِيهما ، فالقولُ قولُ المُدَّعَى عليه مع يَمِينِه ، ولا تُقْبَلُ دَعْوَى المُدَّعِى إلَّا ببَيِّنةٍ عادلةٍ ، فإن أقامَ شاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ ، نُقِضَتِ القِسْمةُ وأُعِيدتْ ، وإن لم تكُنْ بَيِّنةٌ ، وطلبَ يَمِينَ شَريكِه أنَّه لا فَضْلَ معه ، أُحْلِفَ له . وإنَّما قدَّمْنا قولَ المُدَّعَى عليه ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ صِحَّةُ القِسْمةِ ، وأداءُ الأمانةِ فيها . وإن كانت ممَّا لا تَلْزَمُ إلَّا بالتَّراضِى ، كالذى قَسماه بأنْفُسِهما ونَحْوِها[19] ، لم تُسْمَعْ دَعْوَى مَنِ ادَّعَى الغَلَطَ . هكذا قالَ أصحابُنا . وهو مذهبُ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّه قد رَضِىَ بذلك ، ورِضاهُ بالزِّيادةِ فى نَصِيبِ شريكِه يَلْزَمُه والصَّحِيحُ عندى أنَّ هذه كالتى قبلَها ، وأنَّه متى أقامَ البَيِّنةَ بالغَلَطِ ، نُقِضَتِ القِسْمةُ ؛ لأنَّ ما ادَّعاهُ مُحْتَمِلٌ ، ثَبَتَ ببَيِّنةٍ عادلةٍ ،

---

(١٧) فى ب ، م : « فكان » .

(١٨) فى م : « ذكروه » .

(١٩) فى ب ، م : « ونحوه » .

فأشْبَهَ ما لو أشْهَدَ[٢٠] على نفسِه بقَبْضِ الثَّمَنِ أو المُسْلَمِ فيه ، ثم ادَّعَى غَلَطًا في كَيْلِه أو وَزْنِه . وقولُهم : إنَّ حقَّه مِن الزِّيادةِ سَقَطَ برِضاهُ . لا يَصِحُّ ؛ فإنَّه إنَّما يَسْقُطُ مع عِلْمِه ، أمَّا إذا ظَنَّ أنَّه أُعْطِيَ حقَّه فرَضِيَ بِناءً على هذا ، ثم بانَ له الغَلَطُ ، فلا يَسْقُطُ به حَقُّه ، كالثَّمنِ والمُسْلَمِ فيه ، فإنَّه لو قبَضَ المُسْلَمَ فيه بِناءً على أنَّه عَشرةُ مَكاييلَ ، راضِيًا بذلك ، ثم ثَبَتَ أنَّه ثمانيةٌ ، أو ادَّعَى المُسْلِمُ إليه أنَّه غَلِطَ ، فأعْطاه اثْنَىْ عشَرَ ، وثبتَ ذلك ببَيِّنَةٍ ، لم يَسْقُطْ حَقُّ واحدٍ منهما بالرِّضَى به[٢١] ، ولا يَمْتَنِعُ[٢٢] سَماعُ دَعْواهُ وبَيِّنتِه ، ولأنَّ المُدَّعَى عليه في مَسْألَتِنا لو أقَرَّ بالغَلَطِ ، لنُقِضَتِ القِسْمةُ ، ولو سقَطَ حَقُّ المُدَّعِي بالرِّضَى ، لَما نُقِضَتِ القِسْمةُ بإقْرارِه ، كما لو وَهبَه الزَّائدَ ، وقد ذكرَ أصحابُنا وغيرُهم في مَن باعَ دارًا على أنَّها عَشرةُ أذْرُعٍ ، فبانَتْ تِسعةً أو أحدَ عشرَ ، أنَّ البَيْعَ باطلٌ في أحدِ الوَجْهَين ، وفي الآخَرِ ، تكونُ الزِّيادةُ للبائعِ ، والنَّقْصُ عليه . والبَيْعُ إنَّما يَلْزَمُ بالتَّراضِي ، فلو كان / التَّراضِي يُسْقِطُ حَقَّه مِن الزِّيادةِ ، لَسَقَطَ حقُّ البائعِ من الزِّيادةِ ، وحَقُّ المُشْتَرِي من النَّقْصِ . واللهُ أعلمُ . ولأنَّ مَن رَضِيَ بشيءٍ بناءً على ظَنٍّ تَبَيَّنَ خِلافُه ، لم يَسْقُطْ به حَقُّه ، كما لو اقْتَسما شيئًا ، وتَراضَيا به[٢٣] ، ثم بانَ نَصِيبُ أحدِهما مُسْتَحَقًّا . فإن قيل : فلِمَ لا تُعْطِي المظْلومَ حقَّه في هاتَيْن المسألتَيْن ، ولا تَنْقُضُ القِسْمةَ ، كما لو تبيَّنَ الغَلَطُ في الثَّمنِ ، أو المُسْلَمِ فيه . قُلْنا : لأنَّ الغَلطَ هٰهُنا في نفسِ القِسْمةِ ، بتَفْويتِ شَرْطٍ من شُروطِها ، وهو تَعْدِيلُ السِّهامِ ، فتَبْطُلُ لفَواتِ شَرْطِها ، وفي المُسْلَمِ[٢٤] والثَّمنِ الغَلَطُ في القَبْضِ دونَ العَقْدِ ، فإنَّ العقدَ قد تمَّ بشُروطِه ، فلا يُؤثِّرُ الغَلَطُ في قَبْضِ عِوَضِه في صِحَّتِه ، بخِلافِ مَسْألَتِنا .

١١/٥٥ظ

فصل : إذا اقْتَسمَ[٢٥] الشَّريكان شيئًا ، فبانَ بعضُه مُسْتَحَقًّا ؛ نظَرْتَ ، فإن كان

---

(٢٠) في ب ، م : « شهد » .

(٢١) سقط من : م .

(٢٢) في م : « يمنع » .

(٢٣) سقط من : ب .

(٢٤) في ب : « السلم » .

(٢٥) في الأصل : « قسم » .

مُعَيَّنًا فى نَصيبِ أحدِهما ، بطَلَتِ القِسْمةُ . وبهذا قال الشَّافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا تَبْطُلُ ، بل يُخَيَّرُ مَن ظهرَ المُسْتحَقُّ فى نصيبِه بينَ الفَسْخِ والرُّجوعِ بما بَقِىَ من حقِّه ، كما لو وجدَ عَيْبًا فيما أخذَه . ولَنا ، أنَّها قِسْمةٌ لم تُعدَّلْ فيها السِّهامُ ، فكانت باطلةً ، كما لو فَعَلا ذلك مع عِلْمِهما بالحالِ . وأمَّا إذا بانَ نصيبُ أحدِهما مَعِيبًا ، فيَحْتَمِلُ أن تُمْنَعَ المسألةُ ، فنقولُ ببُطْلانِ القِسْمةِ ؛ لعَدَمِ التَّعْديلِ بالقِيمةِ ، ويَحْتَمِلُ أن يُفرَّقَ بينهما ، فإنَّ العَيْبَ لا يُمْكِنُ التَّحرُّزُ منه ، فلم يُؤثِّرْ فى البُطْلانِ ، كالبَيْعِ . وإن كان المُسْتحَقُّ فى نَصِيبِهما على السَّواءِ ، لم تَبْطُلِ القِسْمةُ ؛ لأنَّ ما يَبْقَى لكلِّ واحدٍ منهما بعدَ المُسْتحَقِّ قَدْرُ حقِّه ، ولأنَّ القِسْمةَ إفرازُ حقِّ أحدِهما مِن الآخرِ ، وقد أفْرزَ كلُّ واحدٍ منهما حَقَّه ، إلَّا أن يكونَ ضَررُ المُسْتحَقِّ فى نَصِيبِ أحدِهما أكثرَ ، مثل أن يَسُدَّ طريقَه ، أو مَجْرَى مائِه ، أو ضَوْئِه ، أو نحوِ هذا ، فتَبْطُلُ القِسْمةُ ؛ لأنَّ هذا يَمْنَعُ التَّعْديلَ . وإن كان المُسْتحَقُّ فى نَصيبِ أحدِهما أكثرَ مِن الآخرِ ، بَطَلَتْ ؛ لما ذكَرْناه . وإن كان / المُسْتحَقُّ مُشاعًا فى نَصِيبِهما[٢٦] ، بطَلَتِ القِسْمةُ ؛ لأنَّ الثالثَ[٢٧] شريكُهما وقد اقْتسَما من غيرِ حُضورِه ولا إذْنِه ، فأشْبَهَ ما لو كانَ لهما شريكٌ يَعْلمانِه ، فاقْتسَما دُونَه . وإن كانا يَعْلمانِ المُسْتحَقَّ حالَ القِسمةِ ، أو أحدُهما ، فالحُكْمُ فيها كما لو لم يَعْلَماهُ ، على ما ذكَرْنا من التَّفْصيلِ فيه . واللهُ أعلمُ .

١١/٥٦و

فصل : وإذا ظهرَ فى نَصيبِ أحدِهما عَيْبٌ لم يَعْلَمْه قبلَ القِسْمةِ ، فله فَسْخُ القِسْمةِ أو الرُّجوعُ بأرْشِ العَيْبِ ؛ لأنَّه نَقْصٌ فى نَصِيبِه ، فملَكَ ذلك ، كالمُشْترِى . ويَحْتَمِلُ أن تَبْطُلَ القِسْمةُ ؛ لأنَّ التَّعْديلَ فيها شرطٌ ، ولم يُوجَدْ ، بخلافِ البَيْعِ .

فصل : وإذا اقْتسَما دارَيْنِ ، فأخذَ كلُّ واحدٍ منهما دارًا ، وبَنَى فيها ، أو اقْتسَما أرْضَيْنِ ، فبنَى أحدُهما فى نَصِيبِه أو غرسَ ، ثم اسْتُحِقَّ نَصِيبُه ، ونُقِضَ بِناؤُه ، وقُلِعَ[٢٨]

---

(٢٦) فى الأصل ، ا : « نصفيهما » .

(٢٧) فى م : « الثلث » .

(٢٨) فى الأصل : « وقطع » .

غَرْسُه ، فإنَّه يَرجِعُ على شَريكِه بنصْفِ البِناءِ والغَرْسِ . ذكرَه الشَّريفُ (٢٩ أبو جَعْفرٍ ٢٩) ، وحَكاه أبو الخَطَّابِ عن القاضى . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدُ بنُ الحَسنِ : ليس له الرُّجوعُ عليه بشيءٍ(٣٠) ؛ لأنَّه بنَى وغَرَسَ باخْتيارِ نَفْسِه ، فلم يَرْجِعْ بنَقْصِ ذلك على غيرِه ، كما لو بَنَى فى مِلْكِ نفسِه . ولَنا ، أنَّ هذه القِسْمةَ بمَنْزلةِ البَيْعِ ؛ فإنَّ الدَّارَيْنِ لا يُقسَمانِ قِسْمةَ إجْبارٍ على أن تكونَ كلُّ واحدةٍ منهما نَصِيبًا ، وإنَّما يُقْسَمان كذلك بالتَّراضِى ، فتكونُ جاريةً مَجْرَى البَيْعِ ، ولو باعَه الدارَ جميعَها ، ثم بانَتْ مُسْتحَقَّةً ، رجَعَ عليه بالبناءِ كلِّه ، فإذا باعَه نِصْفَها ، رجعَ عليه بِنِصْفِه ، وكذلك يُخَرَّجُ فى كلِّ قِسْمةٍ جاريةٍ مَجْرَى البَيعِ ، وهى قسمةُ التَّراضِى ، كالذى(٣١) فيه ردُّ عِوضٍ ، وما لا يُجْبَرُ على قسْمتِه لضَرَرٍ فيه ، ونحوِ ذلك . فأمَّا قِسْمةُ الإجْبارِ ، إذا ظهرَ نَصِيبُ أحدِهما مُسْتحَقًّا بعدَ البناءِ والغَرْسِ فيه ، فنُقِضَ البناءُ ، وقُلِعَ الغَرْسُ ، فإن قُلْنا : القِسْمةُ بَيْعٌ . فالحكمُ / فيها كذلك ، وإن قُلْنا : ليستْ بيعًا . لم يَرْجِعْ ؛ لأن شَرِيكَه لم يُغْرِه ، ولم يَنْتَقِلْ(٣٢) إليه من جهتِه بَيْعٌ ، وإنَّما أفْرَزَ حَقَّه من حَقِّه ، فلم يَضْمَنْ له ما غَرِمَ فيه . هذا الذى يَقْتَضيه قولُ أصحابِنا .

٥٦/١١ظ

فصل : وإذا اقْتَسمَ الوَرَثةُ تَرِكةَ المَيِّتِ ، ثم بانَ عليه دَيْنٌ لا وفاءَ له إلَّا ممَّا اقْتسَمُوه ، لم تَبْطُلِ القِسْمةُ ؛ لأنَّ تَعَلُّقَ الدَّينِ بالتَّرِكةِ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ التَّصرُّفِ فيها ، لأنَّه تَعلَّقَ بها بغيرِ رِضاهم ، فأشْبَهَ تَعلُّقَ دَيْنِ الجنايةِ برَقَبةِ الجانِى ، ويُفارِقُ الرَّهنَ ؛ لأنَّ الحَقَّ تعلَّقَ(٣٣) به برِضَى مالكِه واخْتيارِه . فعلى هذا يُقالُ للوَرَثةِ : إن شِئْتُمْ وَفَّيْتُمُ الدَّينَ والقِسْمةُ بحالِها ، وإن أبَيْتُم(٣٤) نُقِضَتِ القِسْمةُ وبِيعَتِ التَّرِكةُ فى الدَّينِ . فإن أجابَ أحدُهم ، وامْتنعَ الآخرُ ، بِيعَ نَصِيبُ المُمْتنِعِ وحدَه ، وبَقِىَ نَصيبُ المُجيبِ بحالِه . وإن كانتْ(٣٥) ثَمَّ وَصِيَّةٌ

(٢٩ – ٢٩) لم يرد فى : الأصل .

(٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) فى م : « الذى » .

(٣٢) فى ب ، م : « ينقل » .

(٣٣) فى ب ، م : « يتعلق » .

(٣٤) فى ب ، م : « شئتم » .

(٣٥) فى ب ، م : « كان » .

بجُزْءٍ من المَقْسومِ ، فالحكمُ فيه كما لو[٣٦] ظهرَ مُسْتَحَقًّا ، على ما مَرَّ مِن التَّفصيلِ فيه ؛ لأنَّه يُسْتَحقُّ أخْذُه . وإن كانتِ الوَصيَّةُ بمالٍ غيرِ مُعَيَّنٍ ، مثل أنْ يُوصِيَ بمِائةِ دينارٍ ، فحُكمُها حُكمُ الدَّينِ ، على ما بَيَّنَّا .

فصل : وإذا طلبَ أحدُ الشَّريكيْنِ من الآخرِ المُهايأةَ مِن غيرِ قِسْمةٍ ، إمَّا في الأجْزاءِ بأن يَجْعَلَ لأحدِهما بعضَ الدَّارِ يَسْكنُها ، أو بعضَ الحَقْلِ يزْرعُه ، ويَسْكنَ الآخرُ ، ويَزْرعَ في الباقي[٣٧] ، أو يَسكنَ أحدُهما ، ويَزرعَ سنةً ، ويَسكنَ الآخرُ ، ويَزرعَ سنةً أُخرَى ، لم يُجْبَرِ المُمْتنِعُ منهما . وبهذا قال الشَّافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ : يُجْبَرُ ؛ لأنَّ في الامْتِناعِ منه ضَرَرًا ، فيَنْتَفِي بقولِه عليه السلامُ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إضْرَارَ[٣٨] » . ووافقَنا أبو حنيفةَ في العَبِيدِ خاصَّةً ، على أنَّه لا يُجْبَرُ على المُهايَأةِ . ولَنا ، أنَّ المُهايأةَ مُعاوَضةٌ ، فلا يُجْبَرُ عليها كالبَيْعِ ، ولأنَّ حقَّ كلِّ واحدٍ من[٣٩] المَنْفَعةِ عاجلٌ ، فلا يجوزُ تأْخيرُه بغيرِ رِضَاه ، كالدَّيْنِ ، وكما في العَبِيدِ[٤٠] عندَ أبي حنيفةَ ، ويُخالِفُ قِسْمةَ الأصْلِ ، فإنَّه إفرازُ النَّصِيبيْنِ[٤٠] ، / وتَمْييزُ أحدِ الحَقَّيْنِ . إذا ثَبتَ هذا ، فإنَّهما إن[٤١] اتَّفقا على المُهايأةِ ، جازَ ؛ لأنَّ الحقَّ لهما ، فجازَ فيه ما تَراضَيا عليه ، كقِسْمةِ التَّراضِي ، ولا يَلْزَمُ ، بل متى رجَعَ أحدُهما عنها ، انْتَقضَتِ المُهايَأةُ . ولو طَلَبَ أحدُهما القِسْمةَ ، كان له ذلك ، وانْتَقضَتِ المُهايَأةُ . ووافقَ أبو حنيفةَ وأصحابُه في انْتِقاضِها بطَلبِ القِسْمةِ . وقال مالكٌ : تَلْزَمُ المُهايَأةُ ؛ لأنَّه يُجْبَرُ عليها عندَه ، فلزِمَتْ ، كقِسْمةِ الأصلِ . ولَنا ، أنَّه بذَلَ منافعَ ليأْخُذَ مَنافِعَ مِن غيرِ إجارةٍ ، فلم يَلْزَمْ ، كما لو أعارَه شيئًا ليُعِيرَه شيئًا آخَرَ إذا احْتاجَ إليه ، وفارَقَ القِسْمةَ ، فإنَّها إفرازُ[٤٢] حَقٍّ ، على ما ذكَرْناه .

١١/٥٧ و

---

(٣٦) سقط من : م .

(٣٧) في الأصل : « الثاني » .

(٣٨) في م : « ضرار » . وتقدم تخريجه ، في : ٤/١٤٠ .

(٣٩) في ب ، م : « في » .

(٤٠ - ٤٠) سقط من : الأصل .

(٤١) في م : « إذا » .

(٤٢) في الأصل : « إقرار » .

فصل : قالَ أحمدُ ، فى قومٍ اقْتسَمُوا دارًا ، وحصَلَ لبعضِهم فيها زيادةُ أذْرُعٍ ، ولبعضِهم نُقصانٌ ، ثم باعوا الدَّارَ جُملةً واحدةً : قُسِمَتِ الدَّارُ بينهم على قَدْرِ الأذْرُعِ . يَعنى أنَّ الثَّمنَ يُقْسَمُ بينهم على قَدْرِ مِلْكِهم فيها ، وهذا محمولٌ على أنَّ زيادةَ أحدِهما فى الأذْرُعِ كزيادةِ[٤٣] مِلْكِه فيها . مثل أن يكونَ لأحدِهما الخُمسانِ ، فيَحصُلَ له أربعون ذِراعًا ، وللآخرِ ثلاثةُ أخْماسٍ ، فيَحصُلَ له ستُّون ، فإنَّ الثَّمنَ يُقْسَمُ بينهما أخْماسًا على قَدْرِ مِلْكِهما فى الدَّارِ ، [٤٤]فأمَّا إن[٤٤] كانتْ زِيادةُ الأذْرُعِ لرداءَةِ ما أخذَه صاحبُها ، مثل دارٍ تكونُ[٤٥] بينَهما نِصفَيْن ، فأخَذَ أحدُهما بنَصيبِه من جَيِّدِها أربعينَ ذِراعًا ، وأخذَ الآخَرُ مِن رَدِيئِها ستِّينَ ذِراعًا ، فلا يَنْبَغى أن يُقْسَمَ الثمنُ على قَدْرِ الأذْرُعِ ، بل يُقْسَمُ بينَهما نِصفَيْن ؛ لأنَّ السِّتِّينَ هٰهُنا مَعْدولةٌ بالأرْبعينَ ، فكذلك يُعْدَلُ بها[٤٦] فى الثَّمنِ . واللهُ أعلمُ . وقال أحمدُ ، فى قومٍ اقْتسَمُوا دارًا كانت أربعةَ سُطُوحٍ ، يَجْرِى عليها الماءُ ، فلمَّا اقْتسَمُوا أرادَ أحدُهم مَنْعَ جَرَيانِ ماءِ الآخَرِ عليه ، وقال : هذا شىءٌ قد صارَ لى . قال : إن كان بينَهما شَرْطٌ أنَّه يَرُدُّ الماءَ ، فله ذلك ، فإن لم يُشْتَرَطْ ، فليس له مَنْعُه . ووَجهُه أنَّهم اقْتسَموا الدارَ وأطْلَقوا ، فاقْتَضَى ذلك أن يَمْلِكَ / كلُّ واحدٍ حِصتَّه بحُقوقِها ، وكما لو اشْتَراها بحُقوقِها ، ومن حقِّها جَرَيانُ مائِها فى ماءٍ كان يَجْرِى إليه مُعْتادًا له ، وهو على سَطْحِ المانِعِ ، فلهذا استَحقَّه حالةَ الإطْلاقِ ، فإن تَشارَطا على رَدِّه ، فالشَّرْطُ أمْلَكُ ، والمؤْمِنونَ على شُروطِهم . وقال أبو الخَطَّابِ : إذا اقْتسَما دارًا ، فحصَلَتِ[٤٧] الطريقُ فى نصيبِ أحدِهما ، وكان لنَصيبِ الآخَرِ مَنفَذٌ يَتطرَّقُ منه ، وإلَّا بطَلَتِ القِسْمَةُ ؛ وذلك لأنَّ القِسْمَةَ تَقتضِى التَّعْديلَ ، والنَّصيبُ الذى لا طَرِيقَ له لا قِيمةَ له إلَّا قيمةً قليلةً ، فلا يَحْصُلُ التَّعْديلُ ، ولأنَّ مِن شَرْطِ الإجْبارِ على القِسْمةِ ، أن يكونَ ما يَأْخذُه كلُّ واحدٍ منهما يُمْكِنُ الانْتِفاعُ به ، وهذا لا يَنْتفِعُ به آخِذُه ، فإن كان قد أخذَه راضِيًا به ، عالِمًا بأنَّه لا طريقَ له ،

١١/٥٧ ظ

---

(٤٣) فى الأصل : « لزيادة » .

(٤٤ - ٤٤) فى ب ، م : « فإن » .

(٤٥) سقط من : ب ، م .

(٤٦) فى الأصل ، ا : « فيها » .

(٤٧) فى ب ، م : « فحصل » .

جازَ ؛ لأنَّ قِسْمةَ التَّراضِى بَيْعٌ ، وشراؤُه على هذا الوَجْهِ جائزٌ ، وقياسُ المسألةِ التى قبلَ هذه ، أنَّ الطريقَ تَبْقَى بحالِها فى نصيبِ الآخَرِ ، ما لم يَشْتَرِطْ صَرْفَها عنه ، كمَجْرَى الماءِ . واللهُ أعلمُ .

فصل : قال : وللأبِ والوَصِىِّ قِسْمةُ مالِ الصَّغيرِ مع شَرِيكِه ؛ لأنَّ القِسْمةَ إمَّا إفْرازُ[48] حَقٍّ ، أو بَيْعٌ ، وكلاهما جائزٌ لهما ، ولأنَّ فى القِسْمةِ مَصلحةً للصَّبِىِّ ، فجازتْ ، كالشِّراءِ له ، ويَجوزُ لهما قِسْمةُ التَّراضِى مِن غيرِ زيادةٍ فى العِوَضِ ؛ لأنَّ فيه دَفْعًا لضَررِ الشَّرِكةِ ، فأشْبَهَ ما لو باعَه لضَررِ الحاجَةِ إلى قَضاءِ الدَّيْنِ ، أو الحاجَةِ إلى النَّفقةِ .

فصل : ولا تصِحُّ وِلايةُ القضاءِ إلَّا بتَوْلِيَةِ الإمامِ ، أو مَن فَوَّضَ الإمامُ إليه ذلك[49] ، فإن كان مَن ولَّاه ليس بعَدْلٍ ، فهل تَصحُّ وِلايتُه ؟ على وَجْهَيْن . ويَلْزَمُ الإمامَ أن يَختارَ للقضاءِ بينَ المُسلمينَ أفْضَلَ مَن يَقْدِرُ عليه لهم . والألفاظُ التى تَنْعَقِدُ بها الوِلايةُ تَنْقسِمُ إلى صَرِيحٍ وكِنايةٍ ، الصَّرِيحةُ سَبعةُ ألفاظٍ ؛ وهى[49] : قد وَلَّيْتُكَ الحُكْمَ ، وقلَّدتُكَ ، واسْتَنَبْتُكَ ، واسْتَخْلَفْتُكَ ، ورَدَدْتُ إليك الحُكْمَ ، وفَوَّضْتُ إليك ، وجَعَلْتُ إليكَ . فإذا وُجِدَ أحدُ هذه الألْفاظِ مِنَ المُوَلِّى ، وجَوابُها مِنَ المُوَلَّى بالقَبولِ ، / انْعقدَتِ الوِلايةُ . وأمَّا الكِنايةُ ، فهى أربعةُ ألفاظٍ : قد اعْتَمَدْتُ عليكَ ، وعَوَّلْتُ عليكَ ، ووَكَلْتُ إليك ، وأسْنَدْتُ إليكَ . فلا تَنْعَقِدُ الوِلايةُ بها حتى تَقْتَرِنَ بها قَرِينةٌ ، نحو قولِه : فاحكُمْ فيما وَكَلْتُ إليك ، وانْظُرْ فيما أسْنَدْتُ إليك ، وتَوَلَّ ما عَوَّلْتُ فيه[50] عليكَ . وإذا صَحَّتِ الوِلايةُ ، وكانتْ عامَّةً ، اسْتفادَ بها النَّظَرَ فى عَشْرةِ أشياءَ : فَصْلُ الخُصوماتِ بينَ المُتنازِعِينَ ، واسْتيفاءُ الحقِّ ممَّن ثَبَتَ عليه ، ودَفْعُه إلى مُسْتَحِقِّه ، والنَّظَرُ فى أموالِ اليَتامَى والمَجانينِ ، والحَجْرُ على مَن يَرَى الحَجْرَ عليه لِسَفهٍ[51] أو فَلَسٍ ، والنَّظَرُ فى الوُقوفِ ، فى عملِه فى حِفْظِ أُصولِها ، وإجْراءِ فُرُوعِها على ما شَرطَه الواقِفُ ، وتَزْوِيجُ الأيَامَى اللَّاتِى لا أوْلياءَ لَهُنَّ ، وإقامةُ الحُدودِ ، والنَّظَرُ فى مَصالحِ المُسلمينَ ، فى عملِه بكَفِّ الأذَى عن طُرُقاتِ

١١/٥٨و

---

(٤٨) فى الأصل : « إقرار » .

(٤٩) سقط من : الأصل .

(٥٠) سقط من : ب .

(٥١) فى الأصل : « بسفه » .

المُسْلمينَ ، وأَفْنِيَتِهم ، وتَصفُّحُ حالِ شُهودِه وأُمَنائه ، والاسْتِبْدالُ بمَن ثَبَتَ جَرْحُه منهم ، والإمامةُ فى صَلاةِ الجُمعةِ والعيدِ . وفى جِبايةِ الْخَراجِ ، وأخذِ الصَّدقةِ وَجْهان .

فصل :[٥٢] ويُوصِى الوُكَلاءَ والأَعْوانَ[٥٣] على بابِه بتَقْوَى الله تعالى ، والرِّفقِ بالخُصومِ ، وقِلَّةِ الطَّمَعِ ، ويَجْتهِدُ أن لا[٥٤] يكونوا إلَّا[٥٤] شُيوخًا أو كُهولًا مِن أهلِ الدِّينِ والصِّيانةِ والعِفَّةِ .

فصل : قالَ ابنُ المُنْذِرِ : يُكْرَه للقاضى أنْ يُفتِيَ فى الأَحْكامِ . كان شُرَيْحٌ يقولُ : أنا أقْضِى ولا أُفْتِى . وأمَّا الفُتْيَا فى الطَّهارةِ وسائرِ ما لا يُحْكَمُ فى مثلِه ، فلا بَأْسَ بالفُتْيَا فيه[٥٥] .

---

(٥٢) فى ب ، زيادة : « قال » .

(٥٣) فى ب ، م : « والأعيان » .

(٥٤) سقط من : ب ، م .

(٥٥) جاء بعد هذا فى م : باب الحضانة . ولم يرد فى سائر المخطوطات ، وقد تقدم ما فيه فى : باب من أحق بكفالة الطفل ، فى ١١/٤١٢ – ٤٣٣ . وبعد البحث تبين أن هذا الباب فى م منقول من الشرح الكبير ٥/٢٣٢ – ٢٤١ . فراجعه